DIE ENTWICKLUNG DES KAUFMANNSBEGRIFFS IN § 2 UND § 4 DES HANDELSGESETZBUCHS UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DER GUTACHTEN DER INDUSTRIE- UND HANDELSKAMMER MÜNCHEN

Dieter Kugel

1964

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548306_0067

DIE ENTWICKLUNG DES KAUFMANNSBEGRIFFS IN § 2 UND § 4 DES HANDELSGESETZBUCHS UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DER GUTACHTEN DER INDUSTRIE- UND HANDELSKAMMER MÜNCHEN

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von

Dieter Kugel

München 1964

Dissertations-Druckerei Charlotte Schön, München 23, Belgradstr. 11, Tel. 361402

Referent: Professor Dr. H. KRAUSE
Correferent: Professor Dr. R. DIETZ

Tag der mündlichen Prüfung: 29. 7. 1964

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK - LEIDEN -

MEINEN LIEBEN ELTERN

GEWIDMET

INHALTSVERZEICHNIS

A. Einleitung

B. Die Mitwirkung der Industrie- und Handelskammern bei der Bestimmung der Kaufmannseigenschaft

C. Die Kaufmannseigenschaft gemäß § 2 und 4 HGB mit Ausnahme der Handwerker

I. Die gesetzliche Regelung vor dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 31.3.1953
a) Der Kaufmann nach § 2 HGB
1. Die Entstehungsgeschichte der Vorschrift
2. Die Voraussetzungen des § 2 HGB
aa. Die "Art" des Gewerbebetriebs
bb. Der "Umfang" des Gewerbebetriebs
cc. Der kaufmännisch eingerichtete Geschäftsbetrieb
b) Der Minderkaufmann nach § 4 HGB
1. Die Regelung im ADHGB von 1861
2. Der Begriff "Umfang des Kleingewerbes" in § 4 HGB

II. Die gesetzliche Regelung nach dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 31.3.1953
a) Der Kaufmann nach § 2 HGB
b) Der Minderkaufmann nach § 4 HGB
1. Die Änderung des Gesetzeswortlauts und das gesetzgeberische Motiv
2. Die inhaltliche Übereinstimmung der Neufassung des § 4 mit dem alten Rechtszustand

III. Das Verhältnis der Begriffe "Art" und "Umfang" des Gewerbebetriebs zueinander
a) Das Problem der Kumulierung von "Art" und "Umfang"
b) Die Beeinflussung der Art des Gewerbebetriebs durch den Umfang
c) Der Umsatz als wesentlicher Faktor bei der Bestimmung der Kaufmannseigenschaft gemäß § 2 und § 4 HGB
d) Die Berücksichtigung von "Art" und "Umfang" beim neugegründeten Gewerbebetrieb

D. Die Kaufmannseigenschaft der Handwerker

I. Die Rechtslage vor dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 31.3.1953
a) Die gesetzliche Regelung im ADHGB von 1861

b) Die gesetzliche Regelung im HGB
c) Der Begriff des Handwerks
1. Die Schwierigkeiten einer Definition
2. Die Abgrenzung des Handwerks von der Industrie
3. Das Großhandwerk
4. Das Verhältnis des § 1 II 2 und 9 zu § 4 HGB

II. Die Rechtslage nach dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 31.3.1953
a) Die gesetzliche Regelung und das Motiv der Gesetzesänderung
b) Die Bedeutung der Unterscheidung zwischen Handwerk und Industrie

E. Die Kaufmannseigenschaft bei gemischten Betrieben

I. Der Begriff und die Zusammensetzung eines gemischten Betriebs

II. Die rechtliche Beurteilung
a) Einheitliche und gesonderte Betrachtung
b) Die Beurteilung vor dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 31.3.19
c) Die Beurteilung nach dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 31.3.1953

LITERATURVERZEICHNIS

Bandasch, Georg	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Darmstadt, 1960;
Baumbach-Duden	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 15. Aufl., München u. Berlin, 1962;
Bovensiepen, Rudolf	Der Minderkaufmann und sein Recht, Halle, 1905;
Cosack, Konrad	Lehrbuch des Handelsrechts, 6. Aufl. Stuttgart, 1903;
Dove, Heinrich	Die Abgrenzung zwischen Vollkaufmann und Minderkaufmann, bei Holdheim 7, 297 ff;
Droste, Karl	Eintragung von Gewerbetreibenden in das Handelsregister, in NJW 61, 1607 ff;
Düringer-Hachenburg	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, I. Band, 3. Aufl. Mannheim-Berlin-Leipzig, 1930;
Ehrenberg, Viktor	Handbuch des gesamten Handelsrechts, II. Band, 1. Abteilung, Leipzig, 1914;
Eyermann-Fröhler	Kommentar zur Handwerksordnung, München, Berlin, 1953;
Facius, Friedrich	Wirtschaft und Staat, in Schriften des Bundesarchivs, Band 6, Boppard, 1959;
Finger, Wilhelm	Der Minderkaufmann, Erlanger Dissertation, 1934;
Fink, Max	Der Kaufmannsbegriff nach dem Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, Breslauer Dissertation, 1910;
Frentzel-Jäkel	Kommentar zum Gesetz zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und Handelskammern, Köln, 1957;
George, Heinz	Kaufmann und Handelsregister, in BB 1959, 692;
ders.	Kaufmann und Handelsregister, in BB 1959, 255;
Gierke, Julius v.	Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 7. Aufl. Berlin, 1955;
ders.	Reform des deutschen Firmenrechts, in ZHR 100, 305 ff;
Goldschmidt, L.	Handbuch des Handelsrechts, 1. Band, 2. Aufl., Erlangen, 1874;

Groschuff,	Kaufmann, Kleingewerbetreibender, Handwerker nach Handelsregisterrecht, in JW 1934, 3030 ff;
Hämmerle,	Handelsrecht I, Graz-Wien-Köln, 1958;
Hahn, C.	Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, 6. Band, Materialien zum HGB, Berlin, 1897;
Hahn, Friedrich v.	Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, I. Band, 3. Aufl. Braunschweig 1879;
Heilfron, Ed.	Lehrbuch des Handelsrechts, 2. Aufl., Berlin, 1912;
Helfrich, Paul	Denkschrift über die Abgrenzung von Handwerk und Nichthandwerk, verfaßt im Auftrag der Industrie- und Handelskammer München, München, 1927;
Heymann-Kötter,	Handelsgesetzbuch, 20. Aufl., Berlin 1950;
Hildebrand, Wolfgang	Handelsregister und Handwerksrolle, in DFG 1936, 140 ff;
Immerwahr, Paul	Der Minderkaufmann, Rostocker Dissertation, Breslau, 1893;
Kamnitzer, Bernhard	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Köln-Berlin, 1956;
Keidel,	Kommentar zum Gesetz über die Freiwillige Gerichtsbarkeit, 6. Aufl., München-Berlin;
Koenige,	Handausgabe des Handelsgesetzbuchs, 1. Band, Berlin 1936;
Krauth, Heinz-Jürgen	Eintragung von Gewerbetreibenden in das Handelsregister, in NJW 1961, 13 ff;
Kuckuck,	Zur Auslegung des § 4 I HGB und Vorschlag zu seiner Abänderung, bei Holdheim 13, 124 ff;
Kühne, Arthur	Der Kaufmann kraft Eintragung nach § 2 des Handelsgesetzbuchs vom 10. Mai 1897, Leipziger Dissertation, 1912;
Lastig, G.	Der Gewerbetreibenden Eintragungspflicht zum Handelsregister und Beitragspflicht zur Handelskammer und Handwerkskammer, Sonderabzug aus der Festgabe für Fitting, Halle, 1903;

Lehmann, Heinrich	Handel und Gewerbe, Berlin, 1938;
Lehmann-Hoeniger,	Lehrbuch des Handelsrechts, I. Halbband, 3. Aufl., Berlin und Leipzig, 1921;
Lemke, Horst	Kaufmann und Handelsregister, in BB 1959, 692;
Lotze,	Zur Begriffsbestimmung des Kleingewerbes, bei Gruchot 44, 404 ff;
Lusenzky, Friedr. v.	Kommentar zum preussischen Handelskammergesetz von 1870/1897, 2. Aufl., Berlin, 1909;
Materialien	zum Handelsgesetzbuch für das deutsche Reich - Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs (Reichstagsvorlage), Berlin, 1897;
Materialien	Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs, aufgestellt im Reichsjustizamt, Berlin, 1896;
Mayer, Karl	Die Abgrenzung des Minderkaufmanns zum Vollkaufmann, Erlanger Dissertation, 1928;
Mosse-Heymann	Handelsgesetzbuch, 17. Aufl., Berlin und Leipzig, 1926;
Most, Otto	Die Selbstverwaltung der Wirtschaft in den Industrie- und Handelskammern, 2. Aufl., Jena, 1927;
Müller-Erzbach, R.	Deutsches Handelsrecht, 2. Aufl., Tübingen, 1927;
Neufeld-Schwarz,	Handelsgesetzbuch, I. Band, Dresden, 1931;
Neukamp,	Der Minderkaufmann, in Recht 10, 147 ff;
Puchelt-Förtsch,	Kommentar zum ADHGB, 2. Band, 4. Aufl., Leipzig, 1894;
Ritter, Carl,	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl., München und Berlin, 1932;
Schlegelberger,	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, I. Band, 3. Aufl., Berlin und Frankfurt, 1955;
Schmidt, Hans	Großhandwerker und Vollkaufleute, in BB 1953, 280 ff;
Schmidt-Tophoff, A.	Die Kammerzugehörigkeit nichthandwerklicher Nebenbetriebe, in DVBl 1961, 186 ff (Bd. 76);

Schönle, Herbert	Kaufmann und Handelsregister, in BB 1960, 1230 ff;
Schumann, Hans	Handelsrecht I, Wiesbaden, 1954;
Sobernheim-Strauss,	Handelskammern und Handelsregister in der Rechtsprechung seit 1900, herausgegeben von der Handelskammer, Berlin, 2. Aufl., 1926;
Staub, Hermann,	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, I. Band 6./7. Aufl., Berlin 1900;
ders.	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, I. Band, 14. Aufl., 1932;
ders.	Vollkaufmann und Minderkaufmann nach dem neuen Handelsgesetzbuch, in DJZ 98, 421 ff;
Verhandlungen	des Deutschen Bundestags, I. Wahlperiode 1949, Drucksache 1868 (Bonn, 1951);
Verhandlungen	des Deutschen Bundestags, I. Wahlperiode 1949, Stenographische Berichte, Band 6, (Bonn, 1951);
Verhandlungen	des Deutschen Bundestags, I. Wahlperiode 1949, Stenographische Berichte, Band 15, (Bonn, 1953);
Weiss, W. Emil	Über den Begriff des Minderkaufmanns, Leipziger Dissertation, 1905;
Wieland, Karl	Handelsrecht, I. Band, München und Leipzig, 1921;
Würdinger,	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl., Berlin, 1953;
ders.	Zur Kaufmannseigenschaft handwerklicher Großunternehmer, in MDR 1952, 590 ff;
Xanke, Günter	Die rechtliche Stellung des Handwerks zu Handelsregister und Handelsgesetzbuch, in ZHR 104, 187 ff;

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a. A.	andere Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Orte
a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch vom 31. 5. 1861
Anm.	Anmerkung
AZ	Aktenzeichen
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebsberater
BGBl	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
ders.	derselbe
DFG	Deutsche Freiwillige Gerichtsbarkeit
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
FGG	Gesetz über die Freiwillige Gerichtsbarkeit
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts; begründet von Gruchot
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897
Holdheim	Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, begründet von Holdheim
HwO	Handwerksordnung vom 17. 9. 1953
JFG	Jahrbücher für Rechtsprechung in der freiwilligen Gerichtsbarkeit
JW	Juristische Wochenschrift
KG	Kammergericht
Komm.	Kommentar
LG	Landgericht
LVG	Landesverwaltungsgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
OLGR	Sammlung der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte
PrALR	Preussisches Allgemeines Landrecht
Recht	Das Recht (Zeitschrift)

RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des RG in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des RG in Zivilsachen
RJA	Reichsjustizamt; Entscheidungssammlung in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
RMinBl	Reichsministerialblatt
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
sog.	sogenannt
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht
z.T.	zum Teil

A. EINLEITUNG

Der Kaufmannsbegriff hat seit dem Inkrafttreten des Handelsgesetzbuchs vom 10.5.1897 eine besondere Bedeutung erlangt, da die im HGB enthaltenen Rechtsnormen auf die Person des Kaufmanns abstellen. Im Gegensatz dazu hatte das Allgemeine Handelsgesetzbuch vom 31.5.1861 für einen Teil seiner Vorschriften nur den Begriff des "Handelsgeschäfts" (Art. 271-273 ADHGB) zur Voraussetzung, so daß also auch auf Nichtkaufleute handelsrechtliche Bestimmungen Anwendung fanden [1]. Der Kaufmannsbegriff war vom Begriff des Handelsgeschäfts abhängig [2], denn Art. 4 ADHGB erklärte denjenigen zum Kaufmann, der gewerbsmäßig Handelsgeschäfte abschloß. Dieses System wurde in das HGB von 1897 nicht übernommen, und da nun der Begriff des Kaufmanns zur Voraussetzung für die Anwendung handelsrechtlicher Normen gemacht wurde, mußte die Kaufmannseigenschaft grundlegend neu geregelt werden.

Die im ersten Abschnitt des ersten Buchs des HGB enthaltenen gesetzlichen Bestimmungen über den Kaufmannsbegriff, die wohl die wichtigsten Änderungen des alten Rechts enthalten [3], sind jedoch wegen der komplizierten Unterscheidung in verschiedene "Kaufmannstypen" verwirrend und bedürfen einer Reform durch den Gesetzgeber.

Zweckmäßig ist dagegen die Unterscheidung in sog. Voll- und Minderkaufleute. Das HGB erklärt für Minderkaufleute die in § 4 selbst genannten Vorschriften für nicht anwendbar. Desgleichen gelten die §§ 25 - 27 und 348 - 350 (§ 351 HGB) nicht für diese Gruppe von Kaufleuten. Aber auch außerhalb des HGB nehmen einige Normen auf "den in das Handelsregister eingetragenen Kaufmann" Bezug und sind daher auf Minderkaufleute nicht anzuwenden (z.B. §§ 239 Ziff. 3, 240 Ziff. 3 KO; § 13 DepG; § 109 GVG, § 53 BörsG, § 8 AbzG).

Die Unterscheidung in Voll- und Minderkaufleute ist ferner für die Auslegung verschiedener handelsrechtlicher Vorschriften, die für alle Kaufleute gelten, von Bedeutung. So wird man z.B. bei der rechtlichen Beurteilung von Sorgfaltsverletzungen, von Unverzüglichkeit der Mängelrügen und von passivem Verhalten bei Vollkaufleuten einen strengeren, bei Minderkaufleuten einen milderen Maß-

---

1) vgl. Friedrich von Hahn, Komm. zum ADHGB, II. Band, § 1 zu Art. 271; Materialien zum Handelsgesetzbuch für das deutsche Reich - Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs (Reichstagsvorlage), 1897, S. 161; Puchelt/Förtsch, Komm. zum ADHGB, Anm. 1 zu Art. 271;

2) L. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, I. Band, S. 432; Düringer-Hachenburg, Komm. zum HGB, Vorbem. zum ersten Abschnitt Anm. 1;

3) so Düringer-Hachenburg, a.a.O.

stab anlegen müssen [4]. Auch die Anwendbarkeit des Grundsatzes von Treu und Glauben und von Handelsgebrauchen kann davon abhängig sein, ob es sich um einen Voll- oder Minderkaufmann handelt [5].

In der folgenden Darstellung soll die Entwicklung der in §§ 2 und 4 HGB enthaltenen Kaufmannsbegriffe erörtert werden. § 4 und § 2 gemeinsam zu betrachten, empfiehlt sich, da beide Vorschriften ähnliche Tatbestandsmerkmale haben, andererseits beide Bestimmungen im Laufe der Zeit zwar unterschiedliche Auslegungen, aber auch auf einander bezogene gesetzgeberische Änderungen erfahren haben.

---

4) vgl. Karl Mayer, Die Abgrenzung des Minderkaufmanns vom Vollkaufmann, S. 18;

5) so auch Wilhelm Finger, Der Minderkaufmann, S. 13; Paul Immerwahr, Der Minderkaufmann, S. 53;

B. DIE MITWIRKUNG DER INDUSTRIE- UND HANDELSKAMMERN BEI DER BESTIMMUNG DER KAUFMANNSEIGENSCHAFT

Um die Entwicklung und Interpretation der in §§ 2 und 4 HGB enthaltenen Kaufmannsbegriffe darzustellen, und um die damit verbundenen Probleme zu lösen, werden neben Gesetzesmaterialien, Literatur und Rechtsprechung besonders die Gutachten der Industrie- und Handelskammer München herangezogen, sofern zu ihnen zu den jeweiligen Fragen Stellung genommen ist.

Die Industrie- und Handelskammern sind gemäß § 126 FGG verpflichtet, die Registergerichte bei der Eintragung von Gewerbetreibenden in das Handelsregister zu unterstützen [1]. Dies geschieht dadurch, daß sich die Industrie- und Handelskammern auf Ersuchen des Gerichts oder auch von selbst gutachtlich darüber äußern, ob ein Gewerbebetrieb eingetragen oder im Register gelöscht werden soll. Die Erstattung von Gutachten ist im Gesetz zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und Handelskammern vom 18.12.1956 in § 11 als wesentlicher Aufgabenbereich der Kammern gesetzlich bestimmt. Auch das preussische Handelskammergesetz vom 24.2.1870 (§ 1) wies diesen Körperschaften eine solche Tätigkeit ausdrücklich zu.

Die Begutachtung in wirtschaftspolitischen und wirtschaftsrechtlichen Fragen gehörte auch zu den bedeutendsten Aufgaben, die die Handelskammern in der ersten Zeit ihres Bestehens zu erfüllen hatten [2]. Zwar waren diese Institutionen auf verschiedenste Weise und in verschiedenster Form entstanden, wobei sie in den einzelnen Teilen Deutschlands eine unterschiedliche Entwicklung nahmen [3], aber die Gutachtenerstattung blieb immer eine wesentliche Aufgabe, obwohl sich das Tätigkeitsfeld der Kammern erheblich ausdehnte.

Daraus ergibt sich die Bedeutung und der Wert der Gutachten der Industrie- und Handelskammern, die sich gerade auf diesem Gebiet auf eine große Erfahrung

---

1) vgl. auch Keidel, Komm. zum Gesetz über die Freiwillige Gerichtsbarkeit, Anm. 4 b zu § 126;

2) vgl. F. von Lusensky, Komm. zum preußischen Handelskammergesetz von 1870/1897, S. 28; Otto Most, Die Selbstverwaltung der Wirtschaft in den Industrie- und Handelskammern, S. 24;

3) Näheres vgl. Most, a.a.O., S. 20 ff; von Lusensky, a.a.O., S. 9 ff; Friedrich Facius, Wirtschaft und Staat, in Schriften des Bundesarchivs, Band 6, S. 30 ff; Frentzel Jäkel, Komm. zum Gesetz zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und Handelskammern, Einführung A;

stützen können. Nach Frentzel/Jäkel [4] liegt der Wert der Kammergutachten vor allem darin, "daß in ihnen nicht oder nicht nur Spezialkenntnisse vermittelt werden, wie dies bei den Gutachten eines einzelnen Sachverständigen der Fall ist, sondern daß die allgemeine kaufmännische Auffassung oder eine gesamtwirtschaftliche Beurteilung und Abwägung zum Ausdruck gebracht wird".

Dieser Gesichtspunkt, verbunden mit der Erfahrung und Tradition, berechtigt dazu, bei der Auslegung der §§ 2 und 4 HGB die Stellungnahme der Kammern entscheidend heranzuziehen; damit findet auch die praktische Handhabung der gesetzlichen Vorschriften außerhalb der Rechtsprechung Berücksichtigung.

In der vorliegenden Darstellung werden die für das Registergericht München erstatteten Gutachten der Industrie- und Handelskammer München, sowie direkte Mitteilungen an die Antragsteller verwertet. Von der Vielzahl der seit Beginn des Jahrhunderts gesammelten Gutachten konnte nur ein Teil berücksichtigt werden. Um die Entwicklung in der Auslegung der §§ 2 und 4 HGB aufzeigen zu können, wurden sie nach Jahrgängen, im 3 - 4jährigen Abstand voneinander, ausgewählt, wobei Zeiten des Währungsverfalls ausgelassen wurden, da die Zahlenangaben bezüglich der Großenmerkmale der Unternehmen in solchen Zeiten uneinheitlich und nichtssagend sind. Seit 1953 wurden Gutachten eines jeden Jahres betrachtet. Insgesamt sind es ca. 2500, aus denen Gedankengänge bei der Erörterung der einzelnen Probleme verwendet wurden.

---

4) Frentzel/Jäkel, a.a.O., Anm. 5 b aa zu § 1

C. DIE KAUFMANNSEIGENSCHAFT GEMÄSS § 2 UND § 4 HGB MIT AUSNAHME DER HANDWERKER

I. DIE GESETZLICHE REGELUNG VOR DEM INKRAFTTRETEN DES GESETZES VOM 31.3.1953

a) Der Kaufmann nach § 2 HGB

1. Die Entstehungsgeschichte der Vorschrift

Da der Gesetzgeber bei der Kodifizierung des Handelsrechts im Handelsgesetzbuch von 1897 nicht mehr vom Begriff des Handelsgeschäfts, sondern dem des Kaufmanns ausging, war der bisherige Kaufmannsbegriff unbrauchbar geworden [1]; denn die Kasuistik der Art. 271, 272 ADHGB, die die Grundlage der in Art. 4 ADHGB vorgenommenen Definition des Kaufmanns waren, reichte zur Bestimmung der Kaufmannseigenschaft nicht mehr aus [2]. Da die einzelnen Handelsgeschäfte der Art. 271, 272 ADHGB im wesentlichen in den § 1 II HGB als Gegenstand der dort aufgeführten Handelsgewerbe übernommen wurden [3], mußte zur Vermeidung einer willkürlichen Kasuistik außerdem eine Generalklausel geschaffen werden. Eine solche generelle Vorschrift konnte sich wegen der neuen Grundeinstellung des HGB zum Kaufmannsbegriff weder an das Handelsgeschäft, noch an bestimmte Handelsgewerbe, die ihrerseits durch konkrete Handelsgeschäfte gekennzeichnet werden (Grundhandelsgewerbe), unmittelbar anlehnen. Entscheidend mußte vielmehr der allgemeine kaufmännische Charakter des Gewerbes sein. [4]

Der vom Gesetzgeber auf dieser Basis geschaffene § 2 HGB hat im ADHGB kein "Vorbild". Daraus ist es verständlich, daß bei der Kommissionsberatung des neuen Handelsgesetzbuches auch beantragt wurde, den § 2 zu streichen, da er "ein Sprung ins Dunkle" sei. Diesen Bestrebungen wurde jedoch zurecht entgegengehalten, daß die neue Bestimmung einem dringenden Bedürfnis des täglichen Lebens entspreche [5].

Wenn § 2 HGB auch nicht auf irgendwie geartete Regelungen im ADHGB zurückzuführen ist und den Kaufmannsbegriff gegenüber der alten Rechtslage auf neuer

---

1) so Denkschrift von 1897, S. 161

2) vgl. Denkschrift von 1897, S. 3; Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches, aufgestellt im Reichsjustizamt, 1896, S. 8;

3) C. Hahn, Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, 6. Band, S. 196

4) vgl. Kommissionsberatung, im Anhang an Denkschrift von 1897, S. 162

5) Kommissionsberatung, a.a.O., S. 209

Grundlage wesentlich erweiterte, so hat sich der Gesetzgeber bei der Schaffung dieser Vorschrift von ähnlichen Regelungen in anderen Gesetzen leiten lassen.

Als Vorbild diente insbesondere Art. 865 IV des Schweizer Bundesgesetzes über das Obligationenrecht vom 14.6.1881 [6]. Satz 1 des Art. 865 IV (fast wörtlich als Art. 934 I in das heute geltende, mit Gesetz vom 18.12.1936 revidierte Obligationenrecht übernommen) lautete:

> "Wer ein Handels-, Fabrikations-, oder anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt, ist verpflichtet, sich am Ort seiner Hauptniederlassung in das Handelsregister eintragen zu lassen".

Diese Vorschrift stellte für die Eintragungspflicht eines Gewerbetreibenden hinsichtlich eines Unternehmens, das nicht als eigentlicher Handels- oder Fabrikationsbetrieb zu bezeichnen ist, auf den allgemeinen kaufmännischen Charakter ab. Der gleiche Gesichtspunkt lag auch dem Art. 4 des Württembergischen Einführungsgesetz zum ADHGB zugrunde [7].

Der Gesetzgeber des HGB hat diesen Gedanken im § 2 übernommen und auf dieser Grundlage einen neuen Kaufmannsbegriff geschaffen. Der allgemeine kaufmännische Charakter, den ein Gewerbebetrieb haben muß, um den Unternehmer verbunden mit der Eintragung in das Handelsregister zum Kaufmann, und zwar Vollkaufmann, zu machen, ist im § 2 HGB allerdings näher definiert worden, und zwar in der Weise, daß verschiedene gesetzlich bestimmte Voraussetzungen erfüllt sein müssen.

2. Die Voraussetzungen des § 2 HGB

aa. Die "Art" des Gewerbebetriebs

§ 2 HGB hatte bis zur Gesetzesänderung im Jahre 1953 folgende Fassung, die, abgesehen von einer Erweiterung bezüglich der Handwerker [1], auch heute noch gilt:

> "Ein gewerbliches Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, gilt, auch wenn die Voraussetzungen des § 1 Abs. II nicht vorliegen, als Handelsgewerbe im Sinne dieses Gesetzbuches, sofern die Firma des Unternehmers in das Handelsregister eingetragen worden ist. Der Unternehmer ist verpflichtet, die Eintragung nach den für die Eintragung kaufmännischer Firmen geltenden Vorschriften herbeizuführen".

---

6) vgl. Würdinger in RGR-Komm. zum HGB, Anm. 1 zu § 2; Denkschrift von 1897, S. 4; Denkschrift von 1896, S. 12;

7) siehe Denkschrift von 1897, S. 4

1) siehe unten D II a

Ein Tatbestandsmerkmal dieser Vorschrift ist die "Art" des gewerblichen Unternehmens. Dieser Begriff hat in der Literatur und Rechtsprechung zu unterschiedlicher Auslegung geführt, was insbesondere darauf zurückzuführen sein wird, daß sich in den Materialien zum HGB kein Anhaltspunkt für eine bestimmte Interpretation finden läßt. In der Denkschrift zu dem Entwurf eines HGB von 1896 [2] heißt es vielmehr: "Was unter einem in kaufmännischer Weise geführten Betrieb zu verstehen ist, und welche Unternehmen einen solchen nach Art und Umfang benötigen, braucht im Gesetz nicht näher bestimmt zu werden. In der Praxis wird die Entscheidung keine Schwierigkeiten machen". Entgegen dieser in der Denkschrift vertretenen optimistischen Anschauung gehen die Meinungen in der Literatur darüber auseinander, ob unter den Begriff "Art" die "Art und Weise der Geschäftsabwicklung" oder der "Geschäftsgegenstand" zu verstehen sei.

Lastig [3] steht auf dem Standpunkt, daß durch § 2 HGB nur die Unternehmer erfaßt werden sollen, die solche Gewerbe betreiben, die denen des § 1 HGB irgendwie verwandt sind. Es sollen die gewerblichen Unternehmen sein, die neben den in § 1 HGB bereits aufgezählten Gruppen sich sonst noch aus dem Warenhandel heraus entwickelt haben, sei es unmittelbar oder mittelbar [4]. Die von Lastig aufgezeigte Entwicklung der einzelnen Gewerbetypen aus dem eigentlichen Handel [5] umfaßt schlechthin jeden nur denkbaren "Geschäftsgegenstand" und ist deshalb unbrauchbar, da das Tatbestandsmerkmal "Art" gegenstandslos würde und für die konkrete Bestimmung der unter § 2 HGB fallenden Unternehmen nicht mehr herangezogen werden könnte.

Lastig glaubt, seine Meinung mit der Fassung des § 2 HGB selbst begründen zu können [6]. Das Gesetz unterscheide streng zwischen dem "gewerblichen Unternehmen" und dem Geschäftsbetrieb. Letzterer sei die Art und Weise, die auf Grund des Geschäftsgegenstandes notwendig sein müsse, um das Unternehmen zum Handelsgewerbe zu stempeln.

Die Auffassung, daß unter "Art" in § 2 HGB der "Geschäftsgegenstand" zu verstehen sei [7], und insbesondere die "Entwicklungstheorie" Lastigs sind schon frühzeitig kritisiert worden, und mit Recht ist dieser Meinung entgegengehalten worden, daß der Reformzweck des § 2 nicht erfüllt würde, wenn man nur die Gewerbe unter diese Vorschrift zählen würde, die sich aus dem eigentlichen Warenhandel

---

2) Denkschrift von 1896, S. 11;
3) G. Lastig, Der Gewerbetreibenden Eintragungspflicht zum Handelsregister und Beitragspflicht zur Handelskammer und Handwerkskammer, S. 29;
4) G. Lastig, a.a.O., S. 43
5) G. Lastig, a.a.O., S. 36 ff;
6) G. Lastig, a.a.O., S. 44
7) so auch Neukamp, Der Minderkaufmann, in Recht 10/155; Karl Mayer, a.a.O., S. 54; KG in OLGR 6/466

entwickelt haben [8]. Versucht man aber nachzuweisen, daß fast jedes Gewerbe irgendwie aus dem Handel hervorgegangen sei, so verliert der Begriff "Art", wie schon ausgeführt wurde, für § 2 HGB jede Bedeutung. Auch aus der Tatsache, daß der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 2 HGB von der ähnlichen Regelung in Art. 865 IV des Schweizer Obligationenrechts ausgegangen ist [9], geht hervor, daß nicht der Gegenstand kaufmännischer Natur sein muß, sondern die Art und Weise der Abwicklung der Geschäfte. Auch der "eigentliche Kaufmann", der Warenhandler, benötigt nicht schon wegen der kaufmännischen Natur des Geschäftsgegenstands kaufmännische Einrichtungen [10].

Daher versteht die herrschende Lehre unter "Art" des gewerblichen Unternehmens die "Art und Weise" der Führung der Geschäfte [11], die Beschaffenheit [12], die Struktur [13] des Betriebs.

Dabei wird allerdings vielfach die Meinung vertreten, daß in § 2 HGB neben der Art und Weise der Geschäftsabwicklung auch die Natur der Geschäfte, also der Geschäftsgegenstand, gemeint sei [14]. Das ist insoweit richtig, als der Gewerbetyp die Geschäftsabwicklung beeinflussen kann [15]. Dies geht auch aus den Gutachten der Industrie- und Handelskammer München hervor. So kann man z.B. bei einem Finanzierungsinstitut, sofern es sich nicht um ein ganz besonders kleines Unternehmen handelt, davon ausgehen, daß es schon auf Grund der Natur seiner Geschäfte einen verhältnismäßig verwickelten Geschäftsablauf hat [16]. Im Gegensatz dazu wird ein reines Milchgeschäft kraft seines Geschäftsgegenstandes die einzelnen Ein- und Verkaufsvorgänge einfach abwickeln können.

---

8) vgl. Max Fink, Der Kaufmannsbegriff nach dem HGB v. 10.5.97, S. 40, Arthur Kühne, Der Kaufmann kraft Eintragung nach § 2 des HGB vom 10.5.97 S. 37; Düringer-Hachenburg, a.a.O., Anm. 3 zu § 2;

9) siehe oben C I a 1

10) so auch Max Fink, a.a.O., S. 40

11) so Karl Droste, Eintragung von Gewerbetreibenden in das Handelsregister, in NJW 61/1609;

12) so Hans Würdinger, Zur Kaufmannseigenschaft handwerklicher Großunternehmer, in MDR 52/590; Würdinger in RGR-Komm. zum HGB, Anm. 9 zu § 2;

13) so Hämmerle, Handelsrecht I § 9 I B 1;

14) so Schlegelberger Komm. zum HGB, 1. Band, Anm. 3 zu § 2; Düringer-Hachenburg, a.a.O., Anm. 6 zu § 2; Groschuff, Kaufmann, Kleingewerbetreibender, Handwerker nach Handelsregisterrecht, in JW 34/3033

15) Groschuff, in JW/3033;

16) so auch bezüglich eines Grundstückmaklers OLG Oldenburg bei Sobernheim-Strauss, Handelskammer und Handelsregister in der Rechtssprechung seit dem Jahre 1900, S. 97;

Man kann also sagen, daß der Geschäftsgegenstand einen Einfluß auf die Ausgestaltung der betrieblichen Tätigkeit haben kann, daß es aber in erster Linie auf die Art und Weise der Geschäftsabwicklung ankommt, und daß die Natur der Geschäfte bei der Anwendung des § 2 HGB keine selbständige Bedeutung hat. Schwierig und umstritten ist die Frage, welche einzelnen Faktoren bei der Prüfung der "Art" im Sinne von Art und Weise zu berücksichtigen seien. Durch die Gegenüberstellung von "Art" und "Umfang" in § 2 HGB scheint das Gesetz davon auszugehen, daß beide Begriffe etwas Verschiedenes zum Inhalt haben und deshalb auch scharf voneinander getrennt werden können.

In der Folgezeit hat sich aber gezeigt, daß die Begriffe "Art" und "Umfang" nicht leicht voneinander abzugrenzen sind [17]. Zwar kann man nicht sagen, daß die "Art" in § 2 gestrichen werden könne [18], oder daß der Umfang nur eine Seite der Art sei [19], aber man muß davon ausgehen, daß sich beide Begriffe teilweise überschneiden. Bei vielen Faktoren ist es gewissermaßen eine Frage des "persönlichen Geschmacks", ob man sie der "Art" oder dem "Umfang" zuweist.

So werden in der Literatur z.B. das Vorhandensein zahlreicher Geschäftsbeziehungen [20] und die Größe des Lieferantenkreises sowie die Zahl der Angestellten [21] als Merkmale der Art eines Gewerbebetriebs betrachtet. Genausogut könnte man auf Grund dieser Faktoren aber auch den Umfang des Unternehmens kennzeichnen. Die Schwierigkeit der Einordnung vieler Faktoren zeigt sich auch daran, daß solche Merkmale z.T. sowohl der "Art" als auch dem "Umfang" zugemessen werden.

So zählt Finger [22] die Größe des Kundenkreises und den Wechsel- und Scheckverkehr nicht nur zur "Art", sondern zugleich auch zum "Umfang" des Betriebs während Lehmann [23] sogar den Umsatz als Artmerkmal ansieht.

Wenn die Konkretisierung des Begriffs "Art des gewerblichen Unternehmens" auch in vielen Punkten schwierig ist, kann man dennoch einige Merkmale bestimmt der "Art" zurechnen, so z.B. die Tatsache, ob Kredit gegeben oder genommen wird, ob der Gewerbebetrieb mit Wechseln arbeitet, ob Bankverbindungen beste-

---

17) so auch Heinz George, Kaufmann und Handelsregister, in BB 59/255;
18) so Hermann Staub, Komm. zum HGB, I. Band, 6. u. 7. Aufl., Anm. 7 zu § 2
19) so Viktor Ehrenberg, Handbuch des gesamten Handelsrechts, III. Band, 1. Abt S. 115; dagegen Würdinger in RGR-Komm. zum HGB, Anm. 8 zu § 2;
20) so Schlegelberger, a.a.O., Anm. 6 zu § 2
21) so Würdinger in RGR-Komm. zum HGB, Anm. 14 zu § 4; KG in JW 34, 1302;
22) Wilhelm Finger, a.a.O., S. 8;
23) Heinrich Lehmann, Handel und Gewerbe, S. 36;

[illegible] inwieweit eine Arbeitsteilung im kaufmännischen Bereich besteht [24]

Die Industrie- und Handelskammer München stellt mit Recht vor allem auf die allgemeine Vielgestaltigkeit des Geschäftsbetriebs ab. So spricht die Tatsache, daß ein Lebensmittelgeschäft Waren verschiedener Art von vielen Lieferanten bezieht, dafür, daß der Geschäftsablauf kompliziert ist, wenn nicht im Einzelfall die Bezahlung der gelieferten Waren nur in bar vorgenommen wird, und wenn der Inhaber außerdem einige Angestellte beschäftigt. Die unterschiedlichen geschäftlichen Tätigkeiten, die z.B. auch bei einem Exportunternehmen zwangsläufig vorkommen, machen die Art des Betriebs vielgestaltig. Wenn also die einzelnen verschiedenen Vorgänge nicht mehr einfach überblickt werden können, benötigt das Unternehmen der Art nach kaufmännische Einrichtungen. Zahlreiche Geschäftsbeziehungen [25], lange Spannen der Abwicklung der Geschäfte, möglicherweise auf Grund von Successivlieferungsverträgen [26], sind somit die wesentlichsten Merkmale, die bei der Prüfung der "Art" zu berücksichtigen sind.

Es müssen nicht alle dieser einzelnen Faktoren gegeben sein, damit ein Unternehmen der Art nach kaufmännische Einrichtungen erfordert. Das Vorliegen eines der Kriterien kann genügen, um die Art eines Gewerbebetriebs verwickelt erscheinen zu lassen, mit der Folge, daß eine ordnungsgemäße Geschäftsabwicklung im Interesse aller Beteiligten nicht mehr ohne kaufmännische Organisation erfolgen kann.

bb. Der "Umfang" des Gewerbebetriebs

Neben der "Art" ist in § 2 HGB der "Umfang" zum Kriterium der Notwendigkeit kaufmännischer Einrichtungen gemacht worden. Wie schon die Art, so ist auch der Umfang kein einheitlicher, sondern aus verschiedenen Momenten zusammengesetzter Begriff [1]. Dove hat darauf hingewiesen [2], daß die Bestimmung des Geschäftsumfangs davon abhänge, was man unter "Geschäft" verstehe. Betrachte man es als den Inbegriff von Vermögensstücken, welche dem Geschäftsbetrieb

---

24) so auch Schlegelberger, a.a.O., Anm. 6 zu § 2; Karl Mayer, a.a.O., S.56; OLG München in JFG 14/91;

25) so auch Schlegelberger, a.a.O., Anm. 6 zu § 2; Neufeld-Schwarz, Handelsgesetzbuch, Anm. 9 zu § 2;

26) so auch Staub, Komm. zum HGB, I. Band, 14. Aufl., Anm. 9 zu § 2; Wilhelm Finger, a.a.O., S. 7; Neufeld-Schwarz, a.a.O., Anm. 9 zu § 2; OLG München bei Sobernheim-Strauss, a.a.O., S. 114;

1) so auch Ehrenberg, a.a.O., S. 115;

2) Heinrich Dove, Die Abgrenzung zwischen Vollkaufmann und Minderkaufmann, bei Holdheim 7/298;

dienen in Verbindung mit den ihm gewidmeten Arbeitskräften, so werde der Umfang ein anderer sein, als wenn man das "Geschäft" in seiner Tätigkeit nach außen sehe. In ersterem Fall werden vor allem dem Anlagekapital, den Räumlichkeiten und der Zahl der Angestellten, in letzterem der Umsatz die größte Bedeutung zukommen. Wenn auch die Betätigung nach außen das Entscheidendere ist [3], wird man richtigerweise beide Erscheinungsformen des Umfangs berücksichtigen müssen. Dies ergibt sich daraus, daß § 2 HGB vom "gewerblichen Unternehmen" schlechthin spricht, und daß bei einer Generalklausel eine weite Auslegung gerechtfertigt ist.

Daß einzelne Merkmale sowohl dem Umfang als auch der Art des Betriebs zugerechnet werden können, und daß eine Abgrenzung der beiden Begriffe teilweise Schwierigkeiten bereitet, ist bereits ausgeführt worden [4].

Als typische Merkmale des Umfangs als des quantitativen Begriffs sind der Umsatz, der Ertrag und das Anlage- und Betriebskapital anzusehen [5]. Auch die Zahl der Angestellten wird man zum Umfang zählen müssen, da sich in ihr die Größe eines Unternehmens spiegeln kann. Oft wird auch die Höhe der Gewerbesteuer als Faktor des Umfangs angesehen [6]. Da die Gewerbesteuer als Berechnungsgrundlage aber den Ertrag und auch das Kapital hat, kann ihr keine selbständige Bedeutung zukommen. Ebenso ist auch die Zahl und Größe der Geschäftsräume nur als nebensächlich anzusehen, da dieser Posten häufig schon im Anlagekapital enthalten ist.

Wenn sich der Umfang eines Gewerbebetriebs auch aus verschiedenen Umständen zusammensetzt, muß dennoch nicht jeder einzelne Faktor so erheblich sein, daß er für sich allein schon kaufmännische Einrichtungen notwendig macht. Hat ein Bestandteil eine beträchtliche Größe, so kann der Umfang des Unternehmens bereits so groß sein, daß eine kaufmännische Organisation erforderlich ist, obwohl andere Merkmale überhaupt nicht erfüllt sind [7]. Insbesondere ein großer Umsatz führt dazu, daß auch von einem großen Umfang gesprochen werden muß (über die besondere Bedeutung des Umsatzes siehe C III c).

---

3) siehe unten C III c

4) siehe oben C I a 2 aa

5) so auch Schlegelberger, a.a.O., Anm. 6 zu § 2; Würdinger in RGR-Komm. zum HGB, Anm. 10 zu § 2; Staub, Komm. zum HGB, 14. Aufl., Anm. 8 zu § 2; Karl Mayer, a.a.O., S. 56;

6) vgl. Staub, Komm. zum HGB, 14. Aufl. Anm. 8 zu § 2; Karl Mayer, a.a.O., S. 56; OLG München in JFG 14/91;

7) vgl. Arthur Kühne, a.a.O., S. 45; BayObLG in JW 30/1415 und Recht 31/ Nr. 250;

Bei der Bestimmung des Umfangs darf nicht ein für alle Gewerbezweige gleicher Maßstab angelegt werden [8]. Für manche Gewerbe muß ein zahlenmäßig größerer, für andere dagegen nur ein kleinerer Umfang gegeben sein. So spielt bei einem Handelsvertreter die Zahl der Mitarbeiter oft keine entscheidende Rolle, während sie bei einem Großhandelsunternehmen im allgemeinen wesentlich ist. Das BayObLG [9] erachtete den Umfang des Geschäfts eines Obst- und Gemüsehändlers für ausreichend, obwohl das Betriebskapital und die Angestelltenzahl gering, und die Räumlichkeiten nur sehr klein waren, wobei das Gericht darauf abstellte, daß diese Umstände durch die Art (im Sinne von Geschäftsgegenstand) bedingt seien [10].

Häufig wird nicht nur hinsichtlich der Gewerbezweige, sondern auch bezüglich der örtlichen Verhältnisse eine unterschiedliche Betrachtung vorgenommen [11]. Dem ist nur bedingt zuzustimmen. Zwar ist es richtig, daß in einer Großstadt der Umfang eines Gewerbebetriebes u.U. als gering, in ländlichen Gegenden als überdurchschnittlich anzusehen ist. Daraus ist aber noch nicht zu schließen, daß der eine Unternehmer auf Grund des Umfangs kaufmännische Einrichtungen benötigt, der andere dagegen nicht. Hinzukommen muß vielmehr, daß der verhältnismäßig geringe Umfang (hauptsächlich der Umsatz) in der ländlichen Gegend durch der Art nach kompliziertere Geschäftsvorgänge zustandekommt. Dies ist der Fall, wenn der Umfang nur durch ein besonders vielseitiges Warenangebot und durch größere Kreditaufnahme und -gewährung, sowie möglicherweise durch Versandgeschäfte usw. erreicht wird.

Ist dagegen die Geschäftsabwicklung nur genauso wie bei dem Unternehmer in der Großstadt, ist eine unterschiedliche Bewertung des gleichen Umfangs nicht gerechtfertigt. Der in der Literatur und Rechtsprechung [12] häufig zitierte Satz, daß in einer Gebirgsgegend mancher als Großhändler anzusehen sei, den man in einer Seehandelsstadt einen Krämer nenne, kann daher in dieser Allgemeinheit für die Frage der Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse auch keine Bedeutung haben.

cc. Der kaufmännisch eingerichtete Geschäftsbetrieb

Das Gesetz verlangt in § 2 HGB, um die Vollkaufmannseigenschaft des Inhabers eines Gewerbebetriebs für gegeben zu erachten, daß nach Art und Umfang ein kaufmännisch eingerichteter Geschäftsbetrieb erforderlich ist. Was man darunter

---

8) so auch Karl Mayer, a.a.O., S. 56;
9) Recht 31/Nr. 250;
10) vgl. auch bezüglich eines Maklers OLG Mch in JFG 14/91;
11) vgl. Karl Mayer, a.a.O., S. 56; Würdinger in RGR-Komm. zum HGB, Anm. 8 zu § 2;
12) z.B. KG in RJA 2/132;

zu verstehen hat, ist im HGB nicht definiert worden. Der Gesetzgeber war der Meinung, daß diese Entscheidung in der Praxis keine Schwierigkeiten bereiten werde [1]. Ein entsprechender Antrag im Rahmen der Kommissionsberatung des HGB wurde mit der gleichen Begründung abgelehnt, wobei noch betont wurde, daß eine Definition zu schwer sei [2]. Die Ausfüllung des Tatbestandsmerkmals "kaufmännisch eingerichteter Geschäftsbetrieb" blieb somit der Literatur und Rechtsprechung überlassen.

Dabei ist von vornherein davon auszugehen, daß unter "kaufmännisch eingerichteter Geschäftsbetrieb" ein "vollkaufmännisch eingerichteter Geschäftsbetrieb" gemeint ist, denn irgendwelche mit dem Gewerbebetrieb zusammenhängende Besonderheiten wird selbst das kleinste Unternehmen haben [3].

Dem Zweck der vollkaufmännischen Organisation nach sind kaufmännische Einrichtungen solche, wie sie notwendig sind, um den Betrieb übersichtlich und zuverlässig abzuwickeln [4]. Derartige Institutionen hat das Kaufmannsgewerbe zur Erzielung von Ordnung und Übersicht im Lauf der Zeit selbst entwickelt.

In erster Linie ist hierbei die kaufmännische Buchführung zu nennen. Diese ist im HGB geregelt (§§ 38 ff HGB), und wird auch indirekt vom Gesetz selbst als wesentliche kaufmännische Einrichtung angesehen, denn § 4 HGB enthebt die Personen, die nicht zu den Vollkaufleuten zählen, der Pflicht, kaufmännische Bücher zu führen. Auch in der Literatur wird zumeist die Buchführung als das wichtigste innerhalb einer vollkaufmännischen Organisation angesehen [5]. Daneben ist dazu das Kopieren von Briefen, die Aufbewahrung der Geschäftskorrespondenz, getrennte Kassenführung und möglicherweise die Anstellung von Kontrollpersonal zu zählen [7].

Diese kaufmännischen Einrichtungen müssen auf Grund der Art bzw. des Umfanges eines Unternehmens erforderlich sein, wobei es auf die objektive Notwendigkeit ankommt [8].

1) Denkschrift von 1896, S. 11;
2) Kommissionsbericht im Anhang an Denkschrift v. 1897, S. 209;
3) so auch Düringer-Hachenburg, a.a.O., Anm. 6 zu § 2;
4) so BayObLG in JW 30/1415;
5) vgl. Groschuff, in JW 34/3033;
6) vgl. Staub, Komm. zum HGB, 14. Aufl., Anm. 5 zu § 2; Koenige, Handausgabe des Handelsgesetzbuchs, 1. Band, Anm. 1 zu § 2. Baumbach-Duden, Komm. zum HGB, Anm. 2 zu § 2;
7) so auch Groschuff, in JW 34/3033; Staub, Komm. zum HGB, 14. Aufl., Anm. 5 zu § 2; BayObLG in JW 30/1415
8) vgl. Lotze, Zur Begriffsbestimmung des Kleingewerbes, bei Gruchot 44/405; Schlegelberger, a.a.O., Anm. 7 zu § 2;

In der Regel wird man jedoch aus dem Bestehen einer kaufmännischen Organisation auf deren Erforderlichkeit schließen können [9]. Von dieser Vermutung geht auch die Industrie- und Handelskammer München bei der Erstellung ihrer Gutachten aus, denn ein Gewerbetreibender wird meistens nicht die teils mit Arbeit und teils mit Kosten verbundenen kaufmännischen Einrichtungen unterhalten, wenn sie sich nicht auf Grund der Gestaltung des Unternehmens als unentbehrlich erwiesen haben.

Dabei ist aber zu beachten, daß vor allem die kaufmännische Buchführung nicht nur aus steuerlichen Gründen vorhanden sein darf [10]. Gemäß § 161 I 1d der Reichsabgabenordnung besteht nämlich dem Finanzamt gegenüber u.U. die Pflicht Bücher zu führen. Zu Unrecht hat das LG Aurich [11] darauf u.a. die Bejahung der Vollkaufmannseigenschaft gestützt. Die Industrie- und Handelskammer München hat in einem Gutachten klar zum Ausdruck gebracht, daß die lediglich auf Betreiben des Finanzamts erfolgte doppelte Buchführung keinen Einfluß auf die Kaufmannseigenschaft habe, wenn sie nicht auch betriebsnotwendig gewesen sei.

b) Der Minderkaufmann nach § 4 HGB

1. Die Regelung im ADHGB von 1861

Schon das Allgemeine Handelsgesetzbuch vom 31.5.1861 hatte eine Unterscheidung zwischen Vollkaufleuten und Minderkaufleuten vorgenommen und auch die Rechtsstellung dieser beiden Gruppen verschieden gestaltet. Wegen der unterschiedlichen Regelung gegenüber § 4 HGB soll Art. 10 ADHGB in kurzen Zügen dargestellt werden.

Art. 10 Abs. I ADHGB lautete:

> "Die Bestimmungen, welche dieses Gesetzbuch über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokura enthält, finden auf Höker, Trödler, Hausierer und dergleichen Handelsleute von geringem Gewerbebetrieb, ferner auf Wirte, gewöhnliche Fuhrleute, gewöhnliche Schiffer und Personen, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerksbetriebs hinausgeht, keine Anwendung".

Das ADHGB erklärte also im Wege der kasuistischen Aufzählung, welche allgemein als unbefriedigend empfunden wurde [1], bestimmte Gruppen von Gewerbe-

---

9) so auch Staub, Komm. zum HGB, 14. Aufl., Anm. 6 zu § 2; Schlegelberger, a.a.O., Anm. 7 zu § 2; OLG München in JFG 14/93;

10) vgl. Droste, in NJW 61/1610;

11) Beschluß vom 5.7.62 AZ: 3 T 56/62, soweit ersichtlich nicht veröffentlicht.

1) vgl. Rudolf Bovensiepen, Der Minderkaufmann und sein Recht, S. 15;

ibenden zu Minderkaufleuten. Das Gesetz stellte dabei auf die Art des Unter-
hmens ab [2], wobei unter "Art" hier der Geschäftsgegenstand zu verstehen ist.
: manchen Gruppen mußte allerdings noch ein geringer Umfang hinzukommen,
s in der Fassung des Art. 10 ADHGB durch das Wort "gewöhnliche" zum Aus-
uck kam (die Regelung der Handwerker bleibt der Erörterung unter D I a vorbe-
lten).

enfalls auf den Umfang stellt das Gesetz ab, wenn es in Art. 10 ADHGB "der-
eichen Handelsleute von geringem Gewerbebetrieb" zu Minderkaufleuten er-
art. Diese Gesetzesstelle ist die umstrittenste und auch für die Interpretation
s § 4 HGB wesentlichste.

e Auslegungsschwierigkeiten hinsichtlich dieser Gruppe der in Art. 10 ADHGB
fgezählten Gewerbetreibenden zeigten sich darin, daß es streitig war, ob sich
r Ausdruck "dergleichen Handelsleute von geringem Gewerbebetrieb" auf Trod-
r, Hausierer und Höker bezog oder nicht. Eine Ansicht ging dahin, daß alle
aufleute mit kleinem Unternehmen den Minderkaufleuten zuzurechnen seien,
d daß die Aufzählung der Höker usw. nur ein Beispiel für die Geringfügigkeit
rstelle. Eine andere Meinung besagte, daß eine gewisse Ähnlichkeit mit den
ödlern und Hökern gegeben sein müsse, daß aber auch die Höker usw. nur bei
ringem Gewerbebetrieb unter Art. 10 ADHGB fielen. Eine weitere Auffassung
ng dahin, eine Ähnlichkeit mit den Hökern, Trödlern und Hausierern zu verlan-
n, wobei dazu noch der geringe Gewerbebetrieb kommen mußte, während die
öker usw. selbst grundsätzlich Minderkaufleute wären [3].

tztere Ansicht, wonach nur kleine Unternehmen, die den Hökern usw. ver-
andt sind, zu den Minderkaufleuten gezählt wurden, war als die herrschende an-
sehen [4]. Diese Auffassung entspricht sowohl der wörtlichen Interpretation, wo-
ch sich der Ausdruck "dergleichen" auf Trödler, Hausierer und Höker beziehen
uß, als auch dem gesamten Aufbau des Art. 10 ADHGB, der offensichtlich von
stimmten Arten von Gewerben ausgeht.

raus resultiert wiederum die Feststellung, daß es einen allgemeinen Ausschluß
s Kleingewerbes aus dem Kreis der Vollkaufleute nicht gab. Auch der Inhaber

---

vgl. Willibald Emil Weiss, Über den Begriff des Minderkaufmanns, S. 6;
Neukamp, Der Minderkaufmann, in Recht 10/150; Heinrich Dove, bei Hold-
heim 7/297;
über die ganze Streitfrage siehe im einzelnen: Paul Immerwahr, a.a.O.,
S. 11 ff;
so auch Rudolf Bovensiepen, a.a.O., S. 13; Friedrich von Hahn, Komm. zum
ADHGB, I. Band, § 8 zu Art. 10; C. Hahn, a.a.O., S. 201; Denkschrift von
1897, S. 8;

eines noch so kleinen Krämerladens war unter der Geltung des ADHGB als Vollkaufmann mit allen damit zusammenhängenden Rechten und Pflichten anzusehen.

Wenn soeben festgestellt wurde, daß nur ganz bestimmte Gruppen von Gewerbetreibenden zu den Minderkaufleuten zu rechnen waren, so ist dabei noch eine Einschränkung zu machen. Das ADHGB hatte den Begriff des Minderkaufmanns nur subsidiär bestimmt, denn Absatz III des Art. 10 ADHGB lautete:

> "Den Landesgesetzen bleibt vorbehalten zu verordnen, daß die bezeichneten Bestimmungen auch noch für anderen Klassen von Kaufleuten ihres Staatsgebiets keine Anwendung finden sollen. Ebenso können sie aber auch verordnen, daß diese Bestimmungen auf einzelne der genannten Klassen oder daß sie auf alle Kaufleute ihres Staatsgebiets Anwendung finden sollen."

Den Ländern war also sogar die Möglichkeit gegeben, die Unterscheidung zwischen Voll- und Minderkaufmann fallenzulassen. Von Art. 10 III ADHGB hatten verschiedene Länder Gebrauch gemacht [5].

2. Der Begriff "Umfang des Kleingewerbes" in § 4 I HGB

In dem Handelsgesetzbuch vom 10.5.1897 hatte der Gesetzgeber die schon im ADHGB vom 31.5.1861 getroffene Unterscheidung in Voll- und Minderkaufleute aufgenommen. § 4 I HGB, der sich nur auf Kaufleute des § 1 HGB bezieht [1], hatte bis zu seiner Änderung durch das Gesetz über die Kaufmannseigenschaft von Handwerkern vom 31.3.1953 (BGBl. 106) folgende Fassung:

> "Die Vorschriften über die Firma, die Handelsbücher und die Prokura finden auf Handwerker sowie auf Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, keine Anwendung".

Ob ein Gewerbetreibender als Minderkaufmann anzusehen war, richtete sich also danach, ob sein Gewerbebetrieb über den Umfang des Kleingewerbes hinausging oder nicht (die Kaufmannseigenschaft der Handwerker, die auch in § 4 I HGB genannt sind, wird unter D gesondert dargestellt).

Was unter Kleingewerbe [2] zu verstehen ist, sagt das Gesetz nicht, und man kann, wie dies allgemein auch geschehen ist, zum Kleingewerbe die Unternehmen zäh-

---

5) siehe im einzelnen: Immerwahr, a.a.O., S. 46 ff;

. so die allgemeine Meinung; vgl. z.B. Staub. Komm. zum HGB. 14. Aufl., Anm. 17 zu § 4;

2) Kleingewerbe ist nicht identisch mit dem Kleinhandel. Letzterer ist eine wirtschaftliche Unterscheidung gegenüber dem Großhandel hinsichtlich des Kundenkreises; vgl. Würdinger in RGR-Komm. zum HGB, Anm. 13 zu § 4;

len, die nicht als vollkaufmännische "Großgewerbe" anzusehen sind [3].

Wesentlich und auch umstritten war dagegen die Frage, wie das Kleingewerbe im Sinne des § 4 I HGB von den vollkaufmännischen Unternehmen abzugrenzen sei. Das Gesetz selbst sprach vom "Umfang des Kleingewerbes", aber schon bald nach dem Inkrafttreten des HGB legte ein Teil der Literatur und Rechtsprechung den § 4 I HGB dahingehend aus, daß neben dem "Umfang" als quantitativem Merkmal auch die "Art" als qualitativer Faktor bei der Abgrenzung der minderkaufmännischen von den vollkaufmännischen Unternehmen zu berücksichtigen sei.

Man zog hierzu § 2 HGB heran und ging davon aus, daß § 2 HGB denjenigen zum Vollkaufmann erkläre, dessen Gewerbebetrieb nach Art und Umfang einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordere, und daß deshalb § 4 I HGB als Spiegelbild zu § 2 HGB denjenigen nicht zu den Vollkaufleuten rechne, dessen Unternehmen nach Art und Umfang eine kaufmännische Organisation nicht benötige [4]. In entsprechender Anwendung des § 2 HGB wurde also auch die Nichterforderlichkeit kaufmännischer Einrichtungen zum Kriterium des minderkaufmännischen Kleingewerbes gemacht.

Der Heranziehung der "Art" bei der Bestimmung des Kleingewerbes wurde mit dem Argument entgegengetreten, daß im Gegensatz zum Art. 1 ADHGB im § 4 I HGB die Gewerbsart als Maßstab nicht mehr aufgenommen worden sei. Die Art des Gewerbes sei vielmehr schon im § 1 HGB, mit dem § 4 HGB zusammenhänge, berücksichtigt [5].

Die Vertreter dieser Meinung gingen jedoch zu Unrecht davon aus, daß unter "Art" der Geschäftsgegenstand zu verstehen sei. Es ist aber bereits ausgeführt worden [6], daß "Art" im Sinne des § 2 HGB (und somit auch bei der Auslegung des § 4 I HGB) "Art und Weise der Geschäftsabwicklung" bedeutet.

Mit der Begründung, daß in § 4 I HGB nur vom Umfang, in § 2 HGB dagegen von Art und Umfang die Rede sei, versuchten manche Autoren auch zu erklären, daß diesen beiden Vorschriften nicht das gleiche Prinzip zugrunde liegen könne, und

---

3) Lediglich Carl Ritter (Komm. zum HGB, Anm. 1 zu § 4) versucht, das Kleingewerbe positiv zu bestimmen als das Gewerbe, welches mit einfachsten kaufmännischen Einrichtungen geführt werden kann;

4) vgl. Viktor Ehrenberg, a.a.O., S. 115/116; Düringer-Hachenburg, a.a.O., Anm. 10 zu § 4; Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht, S. 61; Heinrich Lehmann, a.a.O., S. 36; RG in JW 03/140, JW 06/205, JW 08/148, DJZ 06/1206;

5) So Neukamp in Recht 10/154; Emil Weiss, a.a.O., S. 30; Heinrich Dove bei Holdheim 7/297; Karl Mayer, a.a.O., S. 48 ff; KG in OLGR 6/466;

6) siehe oben C I a 2aa;

daß daher auch die "Erforderlichkeit kaufmännischer Einrichtungen" kein Merkmal zur Abgrenzung des kaufmännischen vom minderkaufmännischen Gewerbe sein könne [7]. Abgesehen davon, daß dies nicht für eine überlegte Redaktion des Gesetzes spricht, führen die Vertreter dieser Auffassung an, daß aus § 4 III HGB die Nichtanwendbarkeit der Kriterien des § 2 HGB entnommen werden könne. § 4 III HGB lautete:

> "Die Landesregierungen sind befugt, Bestimmungen zu erlassen, durch welche die Grenze des Kleingewerbes auf der Grundlage der nach dem Geschäftsumfange bemessenen Steuerpflicht oder in Ermangelung einer solchen Besteuerung nach anderen Merkmalen näher festgesetzt wird."

Lotze [8] weist darauf hin, daß bei Heranziehung des § 2 HGB die Begrenzung des Kleingewerbes auf Grund der Besteuerung nicht möglich sein würde, "denn ein Steuergesetz, aus dem erkennbar sein könnte, welche Zensiten ihrem Geschäftsbetrieb im allgemeinen Interesse eine kaufmännische Organisation geben müßten, läßt sich wohl nicht denken".

Dieser Argumentation muß entgegen gehalten werden, daß der Absatz III des § 4 HGB den Ländern eine praktische, auf Vereinfachung ausgerichtete Grenzziehung zwischen Groß- und Kleingewerbe ermöglichen wollte, daß er jedoch keine allgemeine Auslegungsregel für den Absatz I zum Inhalt hat [9]. Von der Möglichkeit des § 4 III HGB hatte im übrigen als einziger Bundesstaat Schwarzburg-Rudolstadt in einer Verordnung vom 11.12.1899 Gebrauch gemacht.

Im Sinne einer Heranziehung der "Art" und der "Nichterforderlichkeit kaufmännischer Einrichtungen" bei der Interpretation des § 4 I HGB hat sich auch das Kammergericht in einer richtungweisenden Entscheidung ausgesprochen [10]. Entgegen der auch vom Kammergericht teilweise vorher vertretenen Auffassung [11] führt das Gericht aus, daß § 2 HGB sinngemäß angewendet werden könne, da beiden Vorschriften die Abgrenzung vollkaufmännischer Betriebe von anderen gemein-

---

7) so Lotze bei Gruchot 44/409; Rudolf Bovensiepen, a.a.O., S. 27; RG in JW 08/343;
Staub vertritt in der 6./7. Aufl. seines Kommentars zum HGB (Anm. 8 zu § 2, Anm. 3 zu § 4) eine eigenartige Auffassung, denn er geht zwar von der Identität der §§ 2 und 4 aus, erachtet jedoch nur den Umfang für wesentlich, da er in § 2 die "Art" als überflüssig ansieht;

8) Lotze, a.a.O., S. 409/410; zustimmend Bovensiepen, a.a.O., S. 27; Weiss, a.a.O., S. 29;

9) vgl. auch KG in RJA 15/134;

10) KG in RJA 15/133;

11) Z.B. KG in RJA 2/133;

m sei. Wörtlich lautet die Entscheidung weiter: "Zwar ist in ihm (§ 4) nur von em "Umfang" die Rede, während § 2 von "Art und Umfang" spricht. Dieser nstand ist auch für die frühere Rechtsprechung des KG bestimmend gewesen. abei ist jedoch nicht hinreichend berücksichtigt worden, daß das Wort Umfang den beiden §§ in verschiedenem Zusammenhang und Sinn gebraucht ist. § 2 acht Art und Umfang zum Unterscheidungsmerkmal der Eintragungspflicht; er § 4 spricht von dem Umfange des Kleingewerbes, d.i. einer ganzen Klasse on Unternehmungen. Umfang ist hier also in eine andere Beziehung gesetzt und icht in Gegensatz zu Art gestellt. Es bedeutet in diesem Zusammenhang nicht Größe", sondern "Grenze" ".

r die Heranziehung der Kriterien des § 2 HGB sprechen auch die Materialien um HGB, denn es heißt dort [12]: "Denn ein Gewerbetreibender, welcher unter 1 II HGB fällt, ist vermöge der Vorschrift des § 4 I HGB in das Handelsregister rst dann einzutragen, wenn sein Betrieb über den Umfang des Kleingewerbes hinusgeht, also wenn bei ihm zugleich die Voraussetzungen des § 2 vorliegen".

uch der Wortlaut des § 4 I HGB spricht nicht gegen eine solche Auslegung. Man muß davon ausgehen, wie sich dies aus der gesamten Systematik der Bestimmungen über die Kaufmannseigenschaft ergibt, daß im § 4 I HGB eine Abgrenung der Vollkaufleute von den Minderkaufleuten vorgenommen worden ist. Da § 2 HGB auch eine Abgrenzung bezüglich der Kaufmannseigenschaft enthalten t (wenn auch zwischen Vollkaufmann und Nichtkaufmann), hätte der Gesetzeber im § 4 I HGB eine ähnliche Formulierung wählen können.

ärte er nämlich in § 4 I nur den Umfang als quantitative Größe für entscheidend ngesehen, so hätte sich die Formulierung ".....", deren Gewerbebetrieb nach einem Umfang keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb rfordert" direkt aufgezwungen. Daß dieser Wortlaut nicht gewählt wurde, pricht dafür, daß der in den § 4 I HGB aufgenommene Ausdruck "Umfang des leingewerbes" eben nicht nur den eigentlichen "Umfang" bedeutet, sondern inen weiteren Inhalt hat

us dem Vorläufer des § 4 HGB, dem Art. 10 ADHGB, ist für die hier vertretene uffassung nichts zu entnehmen, da Art. 10 ADHGB einen allgemeinen Ausschluß des Kleingewerbes nicht kannte [13]. Aber auch gegen diese Meinung pricht der Art. 10 ADHGB nicht. Vom "Umfang" ist bei den den Hökern usw. nlichen Handelsleuten "von geringem Gewerbebetrieb" die Rede. Hier war nur er Umfang im quantitativen Sinn gemeint, wobei aber die Art indirekt dadurch

---

2) C. Hahn, Materialien, a.a.O., S. 203;
3) siehe oben C I b 1

ihre Berücksichtigung fand, daß auf die Höker, Trödler und Hausierer Bezug genommen wurde, bei deren Gruppen die Betriebsart schon wegen des Gewerbezweiges einfach und durchsichtig ist. Man kann also nicht sagen, daß schon der Art. 10 ADHGB nur auf den Umfang im eigentlichen Sinn abstellte.

Die Industrie- und Handelskammer München hat zu diesem Fragenkreis, soweit ersichtlich war, keine eingehende Stellungnahme abgegeben. Sie hat im Sinne der extensiven Auslegung unter Heranziehung des § 2 sowohl die Art als auch die Erforderlichkeit kaufmännischer Einrichtungen berücksichtigt und dies auch schon in der ersten Zeit der Geltung des HGB zum Ausdruck gebracht.

II. DIE GESETZLICHE REGELUNG NACH DEM INKRAFTTRETEN DES GESETZES VOM 31.3.1953

a) der Kaufmann nach § 2 HGB

Das Gesetz über die Kaufmannseigenschaft von Handwerkern vom 31.3.1953 (BGBl. 106) brachte eine Änderung eines Teils der Vorschriften des I. Abschnittes des I. Buchs des Handelsgesetzbuchs vom 10.5.1897. § 2 HGB hat, abgesehen von einer unbedeutenden rein stilistischen Neufassung sachlich eine Änderung nur dahingehend erfahren, daß nunmehr auch ein handwerkliches Unternehmen als vollkaufmännisches Handelsgewerbe gelten kann. Hinsichtlich der nichthandwerklichen Gewerbetreibenden blieb es jedoch bei der bisherigen Regelung, so daß die unter C I a 2 erörterten Grundsätze weiterhin ihre Gültigkeit haben.

b) der Minderkaufmann nach § 4 HGB

1. Die Änderung des Gesetzeswortlautes und das gesetzgeberische Motiv

Im Gegensatz zu § 2 HGB hat § 4 HGB nicht nur bezüglich der Handwerker, sondern auch im Hinblick auf die anderen Gewerbetreibenden eine Änderung des Gesetzeswortlautes erfahren.

Die Abgrenzung des Minderkaufmanns erfolgt gemäß der Formulierung der Vorschrift nicht mehr danach, ob das Unternehmen über den "Umfang des Kleingewerbes" hinausgeht, sondern auf Grund der Feststellung, ob es "nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert" (§ 4 I n.F.).

Eine weitere Änderung gegenüber der alten Fassung des § 4 HGB liegt darin, daß der Absatz III der bisher geltenden Vorschrift gestrichen wurde, so daß es den einzelnen Ländern nicht mehr freisteht, die Abgrenzung des Minderkaufmanns vom Vollkaufmann selbst zu bestimmen.

Aus den Protokollen des Bundestags ist ein Motiv für die Neufassung des § 4 HGB hinsichtlich der nichthandwerklichen Gewerbe nicht zu entnehmen. Schon der Antrag der Bundestagsfraktion, auf deren Betreiben das Gesetz vom 31.3.1953 zustande kam, bezieht sich ausdrücklich nur auf die Kaufmannseigenschaft der Handwerker [1]. Auch in den Berichten über die Beratungen im Parlament ist lediglich von den Handwerkern die Rede, und als Sinn und Zweck des Gesetzes wurde "die Hereinnahme gewisser Handwerksbetriebe in die handelsrechtliche Stellung des Kaufmanns" bezeichnet [2]. Man wollte auch mit dem Titel "Gesetz über die Kaufmannseigenschaft von Handwerkern" zum Ausdruck bringen, daß den Handwerkern "etwas geboten wird" [3]. Über die in der endgültigen Fassung des Gesetzes vom 31.3.1953 vorgenommene Änderung des Wortlauts des § 4 HGB hinsichtlich der nichthandwerklichen Gewerbetreibenden hat sich der Gesetzgeber ausweislich der Protokolle also gewissermaßen "keine besonderen Gedanken gemacht".

Die Streichung des Absatz III des § 4 a.F. war zwar im Antrag der Bundestagsfraktion gefordert worden, aber aus den Protokollen läßt sich ebenfalls keine Begründung dafür finden, daß in den neuen § 4 HGB der Absatz III nicht wieder aufgenommen wurde. Man wird jedoch den Grund darin sehen können, daß es höchst unzweckmäßig gewesen wäre, wenn im Bereich des Handelsrechts die Länder weiterhin die Befugnis erhalten hätten, die Kaufmannseigenschaft für ihr Gebiet gesondert zu regeln. Ferner empfahl sich die Abschaffung des § 4 III a.F schon deshalb, weil von dieser Vorschrift ohnehin kaum Gebrauch gemacht worden war, und sie somit schon immer bedeutungslos gewesen ist.

2. Die inhaltliche Übereinstimmung der Neufassung des § 4 HGB mit dem alten Rechtszustand

Da § 4 I HGB, wenn auch ohne amtliche Begründung, eine Neufassung erfahren hat, ist Streit darüber entstanden, ob bezüglich der Abgrenzung des Minderkaufmanns auch sachlich eine Änderung gegenüber dem alten Rechtszustand erfolgt ist.

Wie erörtert wurde [1], ging während der Geltung des § 4 I a.F. die allgemeine

---

1) vgl. Verhandlungen des Bundestags, I. Wahlperiode 1949 Drucksache 1868;
2) Verhandlungen des Bundestags, I. Wahlperiode 1949, Stenographische Berichte Bd. 15. S. 12076; auch nur vom Handwerk ist die Rede in den Stenographischen Berichten Bd. 6, S. 4461;
3) Verhandlungen des Bundestags, a.a.O., Stenographische Berichte, Bd. 15. S. 12077;
1) siehe oben C I b 2;

Auffassung erweißlich dann, die Kriterien des § 2 HGB bei der Auslegung des § 4 I HGB heranzuziehen, wobei die "Identität" beider Vorschriften hervorgehoben wurde. Was zur Begründung der Vollkaufmannseigenschaft in § 2 HGB gegeben sein mußte, durfte bei der Feststellung der Eigenschaft als Minderkaufmann in § 4 HGB nicht erfüllt sein.

§ 4 I n.F. hat nunmehr die Merkmale des § 2 HGB übernommen, denn als Minderkaufmann gilt der, dessen Gewerbebetrieb nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert.

Aus der neuen Formulierung des § 4 I HGB haben einige jedoch geschlossen, daß das Gesetz die Wechselbezüglichkeit der §§ 4 I und 2 HGB ausdrücklich verneint habe. Ansatzpunkt für diese Folgerung ist das Wort "oder" in § 4 I n.F. George [2] ist der Meinung, daß Mußkaufleute (des § 1 II HGB) dann Minderkaufleute seien, wenn ihr Unternehmen nach Art oder Umfang einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordere (genauso auch das Gesetz). Daraus folgert er, daß ein Mußkaufmann, also schon dann Vollkaufmann sei, wenn entweder der Umfang oder die Art seines Handelsgewerbes über den Rahmen des Kleingewerbes hinausgehe. Gemäß der Meinung Georges soll es sich dagegen beim Sollkaufmann des § 2 HGB anders verhalten. Er gelte nur dann als Kaufmann, wenn sowohl Art wie Umfang seines Betriebs eine kaufmännische Organisation erforderten.

Auch das OLG Schleswig hat die Meinung vertreten [3], daß § 4 I HGB bei seiner Neufassung durch das Gesetz vom 31.3.1953 eine sachliche Änderung erfahren habe, und daß daher ein Unternehmen des § 1 II HGB sowohl der Art wie auch dem Umfang nach geringfügig sein müsse, wenn es zu den minderkaufmännischen Gewerben zählen soll.

Die Auffassung, daß § 4 I HGB eine sachliche Änderung erfahren hat und daß den §§ 2 und 4 HGB nun unterschiedliche Voraussetzungen zugrunde liegen, kann nicht gebilligt werden.

Es ist ein krasser Denkfehler und ein Verstoß gegen die Regeln der deutschen Sprache, wenn George unter Berufung auf die Neufassung des § 4 I HGB sagt: "Positiv ausgedrückt sind Unternehmen vollkaufmännisch, deren Gewerbebetrieb nach Art oder Umfang einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb notwendig macht" [4]. Wegen der negativen Fassung des § 4 I HGB mußten aber

2) Heinz George, Kaufmann und Handelsregister, in BB 59/255;

3) SchlHA 58/81; so ähnlich auch LG Berlin (AZ: 92 T 17/58), soweit ersichtlich nicht veröffentlicht;

4) Heinz George, BB 59/692. Die Meinung, daß die Voraussetzungen von "Art" und "Umfang" hinsichtlich der Bejahung der Vollkaufmannseigenschaft nur alternativ vorliegen müssen, ist sachlich allerdings richtig, aber mit dieser Begründung und der Beschränkung auf § 4 (i.V.m. § 1 II) unhaltbar;

die Begriffe "Art" und "Umfang" alternativ in die Vorschrift aufgenommen werden [5]. Positiv formuliert wurde § 4 I HGB besagen, daß derjenige Kaufmann (des § 1 II HGB) Vollkaufmann ist, dessen Gewerbebetrieb nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen erfordert.

Damit entspricht § 4 I n.F. aber genau der Regelung in § 2 HGB [6], wobei der einzige Unterschied darin liegt, daß § 2 die Kaufmannseigenschaft erst mit der Eintragung in das Handelsregister gewährt, § 4 I sich dagegen auf die Kaufleute kraft Gewerbebetriebs (§ 1 II HGB) bezieht.

Diese Meinung wird auch vom Kammergericht vertreten [7], wobei das Gericht sich ausdrücklich gegen die anderslautende Entscheidung des OLG Schleswig [8] wendet und dabei rügt, daß die Ansicht des OLG Schleswig auf einem Mißverständnis des Gesetzeswortlauts beruhe.

George führt zur Begründung des von ihm behaupteten Unterschieds zwischen § 2 und 4 I HGB abgesehen von dem Wortlaut der Vorschriften ferner an, daß ein Gewerbetreibender nach § 1 II HGB ohne, nach § 2 HGB aber erst mit der Eintragung in das Handelsregister Kaufmann werde [9]. Daher seien bei letzterem höhere Anforderungen zu stellen.

Dieser Begründung für die Verschiedenartigkeit der §§ 2 und 4 I HGB die grundsätzlich nicht abwegig ist, steht jedoch ebenfalls der Wortlaut der beiden Vorschriften entgegen, aus dem ganz offensichtlich zu entnehmen ist, daß beide Normen unter gleichen Voraussetzungen das gleiche Ziel verfolgen, wobei es wegen der positiven Formulierung in § 2 "Art und Umfang", wegen der negativen Fassung in § 4 I "Art oder Umfang" heißt.

Aber auch die Entstehungsgeschichte und die Motive des Gesetzes vom 31.3.1953, welches die Neufassung des § 4 HGB brachte, sprechen gegen eine sachliche Änderung gegenüber dem alten Rechtszustand und somit der Gleichartigkeit der §§ 2 und 4 HGB.

Es ist ausgeführt worden [10], daß durch das Gesetz vom 31.3.1953 die Kauf-

---

5) so auch Horst Lemke, Kaufmann und Handelsregister, in BB 59/692, Karl Droste, Eintragung von Gewerbetreibenden in das Handelsregister, in NJW 61/1608;

6) so auch Horst Lemke, in BB 59/692; Schumann, Handelsrecht I, § 7 II 1 a;

7) BB 59/1007 = NJW 59/1829 ff;

8) siehe Anm. 3;

9) Heinz George in BB 59/255;

10) siehe oben C II b 1

mannseigenschaft der Handwerker geändert werden sollte, daß aber hinsichtlich der sonstigen Neufassung des § 4 I HGB eine Begründung in den Protokollen des Bundestags nicht zu finden ist. Daraus ist zu schließen, daß der alte Rechtszustand nur insoweit geändert werden sollte, als es sich um die Kaufmannseigenschaft der Handwerker handelt.

Über eine der alten gefestigten Rechtsprechung und Lehre entgegenstehende Neuregelung der Abgrenzung des Minderkaufmanns vom Vollkaufmann wäre jedoch sowohl in den Ausschüssen als auch im Plenum des Bundestags eingehend beraten worden [11]. Daß dies nicht der Fall war, zeigt, daß eine sachliche Änderung nicht erfolgen, sondern daß vielmehr die bisherige Rechtsprechung und Lehre über das Verhältnis von § 2 zu § 4 I HGB gebilligt werden sollte [12]. Dies ist durch die gewissermaßen "beiläufige" sprachliche Klarstellung in § 4 I n.F. geschehen [13], wodurch nunmehr die farblose Bezeichnung "Kleingewerbe" durch ausdrückliche Aufnahme der Kriterien des § 2 HGB präzisiert wurde [14].

III. DAS VERHÄLTNIS DER BEGRIFFE "ART" UND "UMFANG" DES GEWERBEBETRIEBS ZUEINANDER

a) Das Problem der Kumulierung von "Art" und "Umfang"

In den bisherigen Erörterungen wurden die einzelnen Voraussetzungen der §§ 2 und 4 HGB dargestellt, und es wurde aufgezeigt, daß in beiden Vorschriften in gleicher Weise allerdings in § 2 direkt, in § 4 durch Umkehrschluß, die Vollkaufmannseigenschaft geregelt ist, wenn man davon absieht, daß in § 2 HGB die Eintragung in das Handelsregister konstitutiv wirkt. Da sowohl § 2 als auch § 4 HGB die "Art" und den "Umfang" als Kriterien für die Erforderlichkeit kaufmännischer Einrichtungen und somit für die Eintragung in das Handelsregister bezeichnen, muß die Frage erörtert werden, in welchem Verhältnis die Begriffe Art und Umfang zueinander stehen.

Dabei ist es insbesondere von Bedeutung, ob ein Gewerbebetrieb sowohl der Art als auch dem Umfang nach eine kaufmännische Organisation notwendig haben muß, um zu den vollkaufmännischen Unternehmen zählen zu können.

---

11) so auch Karl Droste in NJW 61/1608;

12) vgl. Herbert Schönle, Kaufmann und Handelsregister, in BB 60/1231; KG in BB 59/1007 = NJW 59/1829 ff;

13) so auch Heinz-Jürgen Krauth, Eintragung von Gewerbetreibenden in das Handelsregister, in NJW 61/14;

14) so auch Baumbach-Duden, a.a.O., Anm. 1 A zu § 4;

Die h. L. geht dahin, daß beide Merkmale kumulativ gegeben sein müssen, und daß stets unabhängig voneinander geprüft werden müsse, ob sowohl der erforderliche Umfang als auch die erforderliche Art vorhanden seien, und daß ein Faktor allein nicht die Beurteilung zulasse, ob ein Unternehmen kaufmännische Einrichtungen erfordere oder nicht [1].

Die Vertreter dieser Meinung gehen davon aus, daß die Art eines Gewerbebetriebs eine kaufmännische Einrichtung erfordern könne, daß diese aber wegen des geringen Umfangs wieder entbehrlich werde, und daß auch ein erheblicher Umfang allein nicht ausreichend sei, wenn die Art gegen die Notwendigkeit einer kaufmännischen Organisation spreche [2]. Zur Begründung wird auf das Gesetz verwiesen, welches selbst die Kumulierung der Begriffe "Art" und "Umfang" vorgenommen und beide Merkmale gleichwertig nebeneinander genannt habe [3].

Wenn auch die Fassung des Gesetzes, und zwar sowohl des § 2 in positiver als auch des § 4 I n. F. in negativer Formulierung, für die obige Ansicht spricht, kann dem nicht zugestimmt werden, weil diese Auslegung zu ungerechtfertigten Ergebnissen führt und dem Zweck der Vorschriften zuwiderläuft.

Mit der Vollkaufmannseigenschaft gemäß §§ 2 und 4 I HGB hängt die Eintragung in das Handelsregister zusammen. Diese Eintragung und die damit verbundenen Pflichten haben den Sinn, alle bei dem Betrieb eines gewerblichen Unternehmens beteiligten Personen zu schützen [4]. Das besondere Schwergewicht ist dabei jedoch auf den Schutz der Öffentlichkeit, der Gläubiger zu legen [5].

Schon in den ersten Jahren der Geltung des HGB hat das OLG Hamburg [6] in gleichem Sinn ausgeführt, daß "der grundlegende Gedanke des Gesetzes der ist, daß dem Kaufmann im allgemeinen die Pflicht obliegt, durch Eintragung seiner Fir-

---

1) so Staub, Komm. zum HGB, 14. Aufl., Anm. 7 zu § 2; Neufeld-Schwarz, Handelsgesetzbuch, Anm. 8 zu § 2; Karl Wieland, Handelsrecht, I. Band, S. 79; Arthur Kühne, a. a. O., S. 47; Bernhard Kamnitzer, Komm. zum HGB, Anm. I c zu § 2; KG in Recht 30/Nr. 817;

2) vgl. Düringer-Hachenburg, a. a. O., Anm. 6 zu § 2; Max Fink, a. a. O., S. 41; Koenige, a. a. O., Anm. 1 zu § 2; KG bei Sobernheim-Strauss, a. a. O., S. 100;

3) vgl. Würdinger in RGR-Komm. zum HGB, Anm. 8 zu § 2; Hammerle, Handelsrecht I, § 9 I B 1;

4) so Staub, Komm. zum HGB, 14. Aufl., Anm. 5 zu § 2; Groschuff in JW 34/3033;

5) so auch Herbert Schönle in BB 60/1231; Karl Droste in NJW 61/1609;

6) OLGR 9/240;

[illegible] das Handelsregister dem Publikum klar zu legen, wer für die aus seinem Betrieb entstehenden Verbindlichkeiten haftet, und durch ordentliche Buchführung jederzeit imstande zu sein, die Lage seines Vermögens genau beurteilen zu können. Wenn hiervon für den Fall des Kleingewerbes eine Ausnahme gemacht wird, so beruht das auf der Erwägung, daß... die Interessen des Publikums, insbesondere der Gläubiger, diesen Schutz nicht erfordern". Auch die Industrie- und Handelskammer München ist in einem Gutachten aus dem Jahre 1959 ausdrücklich der Meinung, daß die Belange des einzelnen Kaufmanns hinter dem Schutz des Geschäftsverkehrs zurücktreten.

Wenn also im Schutz der Öffentlichkeit und insbesondere der Gläubiger der Hauptzweck der Eintragung in das Handelsregister und der damit verbundenen Pflichten zu sehen ist, muß das Schwergewicht in den §§ 2 und 4 I HGB auch auf der Erforderlichkeit einer kaufmännischen Organisation liegen [7]. Man muß also zuerst danach fragen, ob ein Gewerbebetrieb im Interesse der mit ihm in Beziehungen tretenden Personen einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Unter diesem Gesichtspunkt ist dann der Maßstab des Gesetzes heranzuziehen, wonach sich die Notwendigkeit einer kaufmännischen Organisation nach Art und Umfang des Betriebs bemißt.

Aus dem eben geschilderten Sinn der gesetzlichen Vorschriften ergibt sich zwangsläufig, daß ein Gewerbebetrieb schon dann als vollkaufmännisch anzusehen ist, wenn nur der Umfang kaufmännische Einrichtungen erfordert. Es führt zu einem seltsamen Ergebnis, wenn man die auf Grund des erheblichen Umfangs im Interesse der Öffentlichkeit für notwendig erachtete kaufmännische Organisation deshalb wieder verneint, weil die Art des Betriebs relativ einfach ist und ihrerseits kaufmännische Einrichtungen nicht notwendig macht. Schon frühzeitig wurde, wenn auch nur vereinzelt, an der Kumulierung der beiden Merkmale "Art" und "Umfang" Kritik geübt. Kuckuck [8] bezeichnet die Ergebnisse, die auf diesem Weg gefunden werden, als "handgreifliche Absurditäten". Mit Recht weist er darauf hin, daß ein Betrieb entweder eine kaufmännische Organisation nötig habe und dann eingetragen werden müsse, oder keine erfordere und nicht eingetragen zu werden brauche. Er ist daher der Meinung, daß "das Gesetz nur so ausgelegt werden (kann), als ob in § 2 anstatt "Art und Umfang" "Art oder "Umfang" stände."

Eine ähnliche Meinung scheint Schlegelberger zu vertreten [9], der der Auffassung

---

7) so auch Karl Droste in NJW 61/1609

8) Kuckuck, Zur Auslegung des § 4 I HGB und Vorschlag zu seiner Abänderung, bei Holdheim 13/128;

9) Schlegelberger, a.a.O., Anm. 17 und 18 zu § 4;

ist, daß ein Betrieb, der seiner Art nach kaufmännische Einrichtungen erfordere, nie zum Kleingewerbe gehöre; desgleichen nicht ein Unternehmen, das zwar wegen der einfachen Art keine kaufmännische Organisation benötige, aber einen großen Umfang habe.

Diese Auslegung steht der Formulierung der §§ 2 und 4 I HGB entgegen, die auf eine Kumulierung der Begriffe "Art" und "Umfang" hindeutet.

Unter Berücksichtigung des Zwecks der Eintragungspflicht und der Entwicklung der einschlägigen Vorschriften über die Kaufmannseigenschaft muß man jedoch die §§ 2 und 4 I HGB im Gegensatz zur herrschenden Lehre und Rechtsprechung dahingehend interpretieren, daß in diesen Bestimmungen die Merkmale "Art" und "Umfang" nur Anhaltspunkte für die Feststellung der Notwendigkeit kaufmännischer Einrichtungen sein sollen, daß das Gesetz aber nicht die Kumulierung beider Begriffe zwingend vorgeschrieben hat.

Während in den Materialien zum HGB in diesem Problem keine Stellung genommen wurde, spricht die geschichtliche Entwicklung der Vorschriften über die Kaufmannseigenschaft für die hier vertretene Auffassung. Es ist bereits dargestellt worden, daß das HGB gegenüber dem ADHGB eine wesentliche Erweiterung des Kaufmannsbegriffs brachte. Eine weitere Ausdehnung erfolgte dann durch das Gesetz vom 31.3.1953, welches den Handwerkern im Gegensatz zum bisher geltenden Recht die Möglichkeit gab, sich als Vollkaufleute in das Handelsregister eintragen zu lassen [10]. Diese Entwicklung rechtfertigt es, die §§ 2 und 4 I HGB insgesamt "vollkaufmannsfreundlich" auszulegen, besonders wenn man bedenkt, daß das Wirtschaftsleben in letzter Zeit immer komplizierter geworden ist, und man auch davon ausgehen kann, daß selbst bei den Inhabern kleinerer Unternehmen infolge der verbesserten Ausbildungsmöglichkeiten die Kenntnisse für die Einrichtung und Handhabung einer kaufmännischen Organisation vorhanden sind oder aber vorhanden sein könnten.

Gegen diese Auslegung spricht auch nicht die Tatsache, daß § 4 HGB im Jahre 1958 geändert wurde und in seiner Neufassung rein sprachlich auf eine Kumulierung der Begriffe Art und Umfang bei ihrer positiven Anwendung hinweist. Der Gesetzgeber hat bei der Neufassung des § 4 I HGB nur die Kaufmannseigenschaft der Handwerker ändern wollen und hat die neue Formulierung bezüglich der übrigen Gewerbetreibenden "nebenbei" vorgenommen [11], um lediglich die Parallelstellung zu § 2 HGB auszudrücken. Es wäre auch widerspruchsvoll gewesen, wenn man einerseits den Handwerkern die Möglichkeit der Vollkaufmannseigen-

---

10) siehe unten D II;
11) siehe oben C II b;

schaft eingeräumt und zugleich andererseits eine Klarstellung im Sinne einer Einengung der Vollkaufmannseigenschaft vorgenommen hätte. Der Gesetzgeber hat sich wie aus den Bundestagsprotokollen zu entnehmen ist, über das Problem der Kumulierung der Begriffe "Art" und "Umfang" keine Gedanken gemacht, so daß der Formulierung des § 4 I n.F. keine allzugroße Bedeutung zukommt.

Auch in der Literatur und Rechtssprechung werden die §§ 2 und 4 I HGB nicht immer gemäß dem genauen Wortlaut ausgelegt, wenn auch die Konsequenzen im Sinne der hier vertretenen Auffassung nicht gezogen werden. So wird von manchen der Umfang als das Merkmal angesehen, auf welches es vor allem ankommt, und welches gegenüber der Art eine weit überragende Bedeutung hat [12]. Aber auch die Art wird z.T. gegenüber dem Umfang als der entscheidendere Faktor angesehen [13].

Die stärkere Bewertung eines der beiden Merkmale widerspricht auch dem strengen Wortlaut der gesetzlichen Vorschriften, kann jedoch keine besondere Bedeutung erlangen, wenn nicht zugleich der weitere Schritt getan wird, den Umfang oder die Art auch allein als Kriterium für die Notwendigkeit kaufmännischer Einrichtungen anzusehen. Stellt man nämlich auf Grund des bedeutenderen Umfangs die Erforderlichkeit einer kaufmännischen Organisation fest und verneint die Vollkaufmannseigenschaft sodann aber wegen zu einfacher Art des Betriebs, so kommt man nur zu dem gleichen Ergebnis, welches man erlangt, wenn man beide Merkmale gleichwertig behandelt.

Dennoch stellt diese Auffassung den Versuch dar, unter Außerachtlassung des genauen Wortlauts der gesetzlichen Vorschriften zu zweckmäßigen Entscheidungen zu kommen, wenn auch dieses Ziel letztlich nur erreicht werden kann, sofern sogar allein auf Grund des für wichtiger erachteten Merkmals die Bestimmung der Kaufmannseigenschaft vorgenommen wird.

Für die Auffassung, daß die Kaufmannseigenschaft in §§ 2 und 4 I HGB entgegen der herrschenden Lehre entweder nach der Art oder dem Umfang des Gewerbebetriebs bestimmt werden kann, spricht auch die Tatsache, daß beide Begriffe nicht eindeutig voneinander abzugrenzen sind [14]. Zählt man nämlich den Um-

---

12) vgl. Müller-Erzbach, a.a.O., S. 58; Karl Droste in NJW 61/1609; Koenige, a.a.O., Anm. 1 zu § 2; Ed. Heilfron, Lehrbuch des Handelsrechts, S. 78; Beschluß des LG Berlin vom 18.11.58 (AZ: 92 T 17/58), soweit ersichtlich nicht veröffentlicht;

13) z.B. Beschluß des LG Siegen vom 26.5.59 (AZ: 1 T 2/59), soweit ersichtlich nicht veröffentlicht;

14) siehe oben C I a 2 aa;

fang der Geschäftsbeziehungen, die Größe des Lieferantenkreises oder die Zahl der Angestellten zur "Art", obwohl man die gleichen Umstände auch zum "Umfang" rechnen kann, ist es möglich, daß der Umfang zu gering ist und eine Eintragung des Unternehmens in das Handelsregister nach der herrschenden Lehre unterbleiben muß.

Zählt man die gleichen Faktoren dagegen zum Umfang, so sind möglicherweise beide Merkmale erfüllt, und der Gewerbetreibende ist als Vollkaufmann anzusehen. Daraus ergibt sich, daß man auch wegen der Überschneidungen der Begriffe Art und Umfang zu sinnvolleren und gerechteren Ergebnissen kommt, wenn man schlechthin darauf abstellt, ob kaufmännische Einrichtungen erforderlich sind, wobei es genügt, daß dafür entweder die Art oder der Umfang spricht.

Die Industrie- und Handelskammer München hat, soweit ersichtlich war, zu dem hier zur Erörterung stehenden Problem ausdrücklich keine Stellung genommen. Aus den Gutachten ergibt sich jedoch, daß im allgemeinen eine gesonderte Betrachtung der Art und des Umfangs nicht vorgenommen wird, und daß die Eintragungsfähigkeit eines Unternehmens bejaht wird, wenn auf Grund eines der Kriterien eine kaufmännische Organisation erforderlich ist. In den meisten Fällen, in denen ein großer Umfang, insbesondere in Form eines hohen Umsatzes [15] festgestellt wird, unterbleibt die Prüfung der Art des Betriebs, wenn auch des öfteren am Schluß der gutachtlichen Stellungnahme die stereotype Wendung erscheint, daß "somit Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen erfordern". Ist dagegen der Umfang gering, oder liegt er insbesondere an der Grenze zwischen voll- und minderkaufmännischen Unternehmen, so wird die "Art" eingehend geprüft.

So wurde ein kleines unbedeutendes Bankunternehmen für eintragungsfähig erklärt mit der Begründung, daß sich auch ein solches Bankgeschäft nach seiner ganzen Natur über den Umfang des Kleingewerbes erhebe. Bei einer Apotheke wurde insbesondere auf die Art abgestellt, da ein derartiges Unternehmen wegen der Abrechnung mit den Krankenkassen einen verhältnismäßig vielgestaltigen Geschäftsbetrieb erfordere. Die vielgestaltigen Geschäftsvorfälle waren auch der Grund, ein dem Umfang nach kleines Exportunternehmen und einen Filmverleih für eintragungsfähig zu erklären.

Im umgekehrten Fall wurde ein Funrunternehmer, der keinerlei kaufmännisches Personal hatte und ohne Wechsel- und Kreditgeschäfte auf einfachste Art seinen Betrieb führte, wegen der Größe des Unternehmens zum Vollkaufmann erklärt, was wiederum ein Beweis dafür ist, daß die Industrie- und Handelskammer München die Art für nicht entscheidend erachtet, wenn schon der Umfang für sich allein kaufmännische Einrichtungen notwendig macht.

---

15) Näheres siehe unten C III c;

Die Gutachten der Industrie- und Handelskammer München lassen sich also neben den bereits angestellten Erwägungen zur Unterstreichung der Zweckmäßigkeit und Richtigkeit der gegen die wörtliche Auslegung der §§ 2 und 4 I HGB gerichteten Auffassung heranziehen.

Im Sinne der herrschenden Meinung kann jedoch eine Einschränkung gemacht werden. Spricht die Art eines Unternehmens zwar für die Notwendigkeit einer kaufmännischen Organisation, ist aber der Umfang ganz besonders gering, so kann die Eintragungsfähigkeit verneint werden. Dies ist dadurch gerechtfertigt, daß eine Gefährdung der Gläubiger und der Öffentlichkeit wegen des geringen Kapitalaufwands kaum gegeben ist. Die Vermeidung der allgemeinen Gefährdung der Allgemeinheit ist aber, wie bereits aufgezeigt wurde, der Sinn und Zweck der Eintragungspflicht.

In den anderen Fällen, in denen der Umfang nicht ganz besonders gering ist, muß es genügen, wenn eines der beiden vom Gesetz aufgestellten Kriterien die Einrichtung eines kaufmännischen Geschäftsbetriebs erforderlich macht.

b) Die Beeinflussung der Art des Gewerbebetriebs durch den Umfang

Daß es zweckmäßig und richtig ist, die §§ 2 und 4 I HGB in der Weise auszulegen, daß die Eintragungsfähigkeit eines gewerblichen Unternehmens schon bei der Erfüllung der Voraussetzungen eines der beiden Merkmale (Art und Umfang) gegeben ist, ergibt sich auch daraus, daß der Umfang eines Betriebes im allgemeinen die Art beeinflußt. Neben der Tatsache, daß beide Begriffe sich überschneiden und daher schwer voneinander abzugrenzen sind, ist diese Beeinflussung, dieses Abhängigkeitsverhältnis, ein weiterer Beweis dafür, daß die hier vertretene Auffassung zwar nicht dem strengen Wortlaut, aber dem Sinn des Gesetzes entspricht.

Ein Unternehmen, welches einen großen Umfang, insbesondere einen hohen Umsatz hat, wird im allgemeinen bei der Abwicklung der Geschäfte nicht ohne ausgedehnte Korrespondenz, Personal, Kreditgeschäfte, verschiedene Zahlungsmodalitäten usw. auskommen können. Die gesamte innere Gestaltung und Organisation des Betriebs wird somit infolge des großen Umfangs komplizierter. Die Art wird durch den Umfang gewissermaßen zwangsläufig verändert [1], so daß bei der Beurteilung der Kaufmannseigenschaft auf Grund der quantitativen Seite häufig zugleich auch der qualitative Faktor berücksichtigt ist.

---

1) so auch Karl Droste in NJW 61, 1609; Heinz George in BB 59, 255; Emil Weiss, a.a.O., S. 30;

Dies lassen auch etliche Gutachten der Industrie- und Handelskammer München erkennen. Obwohl lediglich der Umfang geprüft wird, wird [illegible], vor allem bei sehr großem Umfang, die Feststellung getroffen, daß auch die Art des Unternehmens einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordere.

Während ein großes Unternehmen in der Regel einen vielgestaltigen Geschäftsbetrieb aufweist, da der Umfang die Art beeinflußt, ist eine umgekehrte Abhängigkeit nicht festzustellen. Zwar wird jemand, dessen Gewerbebetrieb kompliziert aufgebaut und auf einen vielgestaltigen Geschäftsablauf eingerichtet ist, schon der Rentabilität wegen danach trachten, einen hohen Umsatz und Gewinn zu erzielen, aber unmittelbar verbunden mit großem Umfang ist deshalb diese Art des Betriebs nicht. Der Umfang hängt vielmehr von dem Kapitalaufwand, dem Auftragseingang und ähnlichen Momenten ab. Wenn man dennoch aus der Art des Unternehmens u.U. Rückschlüsse auf den Umfang ziehen kann [2], so nicht deshalb, weil die Art den Umfang, sondern der Umfang die Art des Betriebs entsprechend gestaltet hat.

Auch auf Grund dieser Feststellung, daß die Art nicht unmittelbar den Umfang beeinflußt, ist es vertretbar, in dem einen Fall der herrschenden Meinung zu folgen und einen Gewerbebetrieb in das Handelsregister nicht einzutragen, der zwar der Art nach kompliziert aufgebaut ist, aber nur einen sehr geringen Umfang hat [3].

c) Der Umsatz als wesentlicher Faktor bei der Bestimmung der Kaufmannseigenschaft gemäß §§ 2 und 4 HGB

Über die Bedeutung des Umsatzes, der einen Faktor des Umfangs darstellt, bei der Bestimmung der Kaufmannseigenschaft herrscht in Schrifttum und Rechtsprechung Streit. Es wird sogar die Meinung vertreten, daß die Höhe des Umsatzes gar nichts [1] oder aber nur sehr wenig besage [2]. Häufig wird der Umsatz nur als eines von vielen gleichwertigen Umfangsmomenten angesehen [3]. Andere erachten dagegen den Umsatz als den wichtigsten Faktor, als den Hauptmaßstab des Umfangs [4]. Das Reichsgericht, welches in seiner Beurteilung ziemlich schwankend

---

2) vgl. Karl Mayer, a.a.O., S. 56; Lotze bei Gruchot 44/413; Staub, Komm. zum HGB, 6./7. Aufl., Anm. 4 zu § 4;

3) siehe auch oben C III a am Ende;

1) so Groschuff in JW 34/3033;

2) so Heinz George in BB 59/256;

3) so etwa Staub, Komm. zum HGB, 14. Aufl., Anm. 8 zu § 2, Schlegelberger, a.a.O., Anm. 6 zu § 2; RG in RGStr 35/289 und JW 03/140 Nr. 27;

4) so Würdinger in RGR-Komm. zum HGB, Anm. 10 zu § 2, Würdinger in MDR 52/590; Karl Droste in NJW 61, 1609; Heinrich Dove bei Holdheim [illegible] 29[illegible]; OLG München in JFG 14/92; BayObLG in Recht 31 Nr. 250 und JW [illegible] 93[illegible]; Messe-Heymann, Handelsgesetzbuch, Anm. 3 zu § 4;

war, scheint in einer Entscheidung [5] sogar den Umsatz mit dem Umfang gleichzusetzen, wenn es ausführt, daß nicht nur der Geschäftsumsatz, sondern auch die ganze Art des Betriebs in Betracht zu ziehen sei.

Der Ansicht, daß der Umsatz der wesentlichste Faktor des Umfangs sei, ist zuzustimmen. Daher ist es unbedenklich, wenn ein Unternehmer nur auf Grund des hohen Umsatzes zum Vollkaufmann erklärt wird, denn innerhalb des Umfangs müssen nicht alle für ihn möglicherweise konstitutiven Merkmale erfüllt sein, um ihn als so beträchtlich anzusehen, daß er kaufmännische Einrichtungen notwendig macht. [6]

Auch die Industrie- und Handelskammer München trifft ihre Entscheidungen häufig nur aus Grund des Umsatzes. Ist dieser besonders hoch, werden zumeist andere Merkmale den Gutachten gar nicht mehr zugrunde gelegt, weil eben der Umsatz als solcher schon den Umfang als groß genug erscheinen läßt. Auch bei sehr geringem Umsatz unterbleibt häufig die Feststellung weiterer Größenmerkmale, woraus sich ebenfalls die besondere Bedeutung dieses Faktors ergibt. Ist dieser nämlich zu unerheblich, so können auch andere Umfangsmomente das "Minus" nicht dahingehend ausgleichen, daß trotz unbedeutenden Umsatzes der Umfang als groß genug angesehen werden könnte, um das Unternehmen zum vollkaufmännischen zu machen. Im Gegensatz dazu zieht die Industrie- und Handelskammer München jedoch andere Merkmale heran, wenn der Umsatz gerade an der Grenze der Werte liegt, die für einen eintragungspflichtigen Gewerbebetrieb gefordert werden müssen.

Im ganzen aber wurde nur vereinzelt in den Entscheidungen der Industrie- und Handelskammer München bezüglich des Umfangs auf andere Merkmale das entscheidende Gewicht gelegt. In einem Gutachten aus dem Jahre 1937 wird ausgeführt, daß "bei der Beurteilung der Frage, ob ein Unternehmen seinem Umfang nach über den Rahmen des Kleingewerbes hinausgeht, ... nicht der Umsatz als letzte Grenze anzusehen ist, sondern der Reingewinn. Ein Reingewinn von 3600.-M entspricht einem Umsatz von 35000.- bis 40000.-M in anderen, mit geringeren Gewinnspannen arbeitenden Geschäftszweigen". Immerhin zeigt auch diese Stellungnahme, daß aus dem Reingewinn auf einen vermutlichen Umsatz geschlossen wird. Auch auf andere Größen wie das Geschäftskapital ist nur sehr selten, unter Berücksichtigung eines speziell gelagerten Einzelfalls, abgestellt worden.

Daß dem Umsatz zurecht die größte Bedeutung innerhalb des Umfangs eines Unternehmens beigemessen wird, ergibt sich auch daraus, daß er am besten die Tätigkeit des Unternehmens nach außen ausdrückt. Dieses Eingreifen in das Handels-

---

5) JW 06/200;

6) vgl. BayObLG in JW 30/1415;

leben und das Auftreten nach außen ist es aber, was den Gesetzgeber dazu veranlaßt hat, dem Vollkaufmann neben verschiedenen Rechten besondere Pflichten im Interesse eines Schutzes der Öffentlichkeit aufzuerlegen. Weder das Anlage- oder Betriebskapital noch der Reingewinn vermögen diese wichtige Funktion des Umsatzes wahrzunehmen.

Auch aus der Entstehungsgeschichte des § 4 HGB läßt sich entnehmen, daß der Gesetzgeber den Umsatz als bedeutendes Merkmal zur Abgrenzung des Vollkaufmanns vom Minderkaufmann angesehen hat. Im Entwurf des HGB in der Form der Reichstagsvorlage vom Jahre 1897 war im Absatz III des § 4 bestimmt, daß die Landesregierungen befugt sein sollten, die Grenze des Kleingewerbes auf der Grundlage der nach dem Geschäftsumsatz bemessenen Steuerpflichten näher zu bestimmen. Erst durch die Reichstagskommission wurde der Absatz III des § 4 dahingehend abgeändert, daß der Ausdruck "Geschäftsumsatz" durch "Geschäftsumfang" ersetzt wurde [7]. Die Kommission war mit dem Antragsteller der Meinung, daß der Geschäftsumfang der weitere Begriff sei, bei dem noch verschiedene andere Momente berücksichtigt werden könnten. Damit wollte man aber dem Umsatz nicht seine überragende Bedeutung nehmen, sondern lediglich einige zusätzliche Kriterien aufstellen, um den einzelnen Ländern mit Rücksicht auf deren Steuergesetzgebung eine größere Möglichkeit zu geben, vom Absatz III des § 4 Gebrauch zu machen.

An der im Entwurf zum HGB anerkannten Bedeutung des Umsatzes änderte die von der Kommission vorgenommene Erweiterung des Begriffs nichts.

Es ist angebracht, für die Auslegung des Begriffs "Umfang" in den §§ 2 und 4 I HGB Vorschriften aus anderen Rechtsgebieten heranzuziehen, die ebenfalls auf die Größe eines Unternehmens oder Unternehmenszweiges abstellen. § 3 I der Handwerksordnung vom 17. 9. 1953 definiert einen handwerklichen Nebenbetrieb im Sinne des § 2 Nr. 2 und 3 HwO dahingehend, daß in ihm Waren zum Absatz an Dritte handwerksmäßig hergestellt, oder Leistungen für Dritte handwerksmäßig bewirkt werden, es sei denn, daß eine solche Tätigkeit nur in unerheblichem U m f a n g e ausgeführt wird. § 3 II HwO bestimmt sodann, wann ein solch unerheblicher Umfang vorliegt, nämlich dann, wenn die Tätigkeit den durchschnittlichen Umsatz und die durchschnittliche Arbeitszeit eines ohne Hilfskräfte arbeitenden Betriebs des betreffenden Handwerkszweigs nicht übersteigt. Ausdrücklich wird also der Umsatz als wesentliche Bestimmungsgröße des Umfanges herangezogen.

Es ist aufgezeigt worden [8], daß das Schweizer Recht, und zwar der damalige

---

7) Kommissionsbericht im Anhang an Denkschrift von 1897, S. 211;
8) siehe oben C I a 1;

Art. [illegible] V des Schweizer Obligationenrechts, als Vorbild für die Neuregelung des Rechts der Kaufmannseigenschaft durch das HGB vom 10.5.1897 gedient hat. Das Schweizer Recht hat sich nun dahingehend entwickelt, daß es die Eintragungspflicht von Handelsgewerben ausdrücklich vom Umsatz abhängig macht.

In Art. [illegible] der Schweizerischen Verordnung über das Handelsregister vom 7.6.1937 ist unter den Buchstaben A, B, C bestimmt, was eintragungspflichtige Gewerbe sind. Art. 54 besagt unter Bezugnahme auf den Art. 53:

> "Die im vorausgegangenen Artikel unter lit. A Ziffern 1, 5 und 8, lit. B und C bezeichneten Gewerbe sind von der Eintragungspflicht befreit, wenn ihre jährliche Roheinnahme die Summe von Fr. 25000 nicht erreicht".

Eine noch nähere Auslegungsregel gibt Art. 55 I:

> "Maßgebend ist die Roheinnahme in den zwölf dem Zeitpunkt der Prüfung der Eintragungspflicht unmittelbar vorangegangenen Monaten".

Auch der Schweizerische Gesetzgeber geht also davon aus, daß der Umsatz die beste Abgrenzungsmöglichkeit zwischen eintragungspflichtigen Unternehmen und dem nicht eintragungspflichtigen Kleingewerbe bildet.

Wenn man den Umsatz als wesentlichstes Kriterium für die Bestimmung der Kaufmannseigenschaft heranzieht, muß man sich darüber im klaren sein, daß damit ein gewisser Formalismus verbunden ist, und daß die Besonderheiten des Einzelfalls nicht immer genaueste Berücksichtigung finden können. Die Industrie- und Handelskammern, auch die Münchner IHK, orientieren sich dabei an bestimmten Richtwerten, worüber noch Näheres ausgeführt wird. Die Bestimmung der Kaufmannseigenschaft an Hand des Umsatzes, insbesondere von Mindestwerten, ist schon der einfacheren praktischen Handhabung wegen vorteilhaft [9], gewährleistet aber auch eine gleichmäßige Behandlung. Aber auch von der Idee des Gesetzes aus ist eine solche Auslegung der Bestimmungen über die Eintragungspflicht angebracht. Schon in der Denkschrift von 1897 [10] wird ausgeführt, "daß die Frage, wie die Grenze zwischen Kleinbetrieb und Großgewerbe zu ziehen ist, nicht lediglich der Entscheidung der einzelnen Registergerichte überlassen bleiben 'kann', sondern daß bestimmte Vorschriften darüber notwendig seien. Daß von dem § 4 III HGB a.F., der diese Abgrenzung vornahm, kaum Gebrauch gemacht wurde, ändert an der grundsätzlichen Einstellung des Gesetzgebers nichts. Man muß davon ausgehen, daß im Registerrecht ein gewisser Formalismus vorteilhaft ist, damit sich alle Beteiligten von vornherein auf ihre handelsrechtliche Stellung einrichten können, und eine möglichst gleichmäßige Beurteilung gewährleistet ist. Auch die Gerichte, die meist betonen, daß auf den Einzelfall abgestellt wer-

---

9) vgl. Karl Droste in NJW 61/1610;

10) Denkschrift von 1897, S. 8;

den müsse, erkennen teilweise incidenter diese Praxis an [11].

Wie schon beim Umfang [12] ist es besonders beim Umsatz notwendig, auf die einzelnen Gewerbezweige bzw. vergleichbare Gruppen gesondert abzustellen und nicht unterschiedslos einen bestimmten Mindestumsatz für alle Zweige zu verlangen. In dieser Größe soll sich ja die nach außen gerichtete Tätigkeit eines Unternehmens ausdrücken.

Um diesen Zweck zu erfüllen, müssen die Regelwerte für die Bestimmung der Kaufmannseigenschaft in ihrer Höhe "gestaffelt" werden; denn bei manchen Gewerbezweigen läßt sich aus einem geringeren Umsatz bereits auf eine umfangreiche Tätigkeit schließen, bei anderen ist dies nur bei einem zahlenmäßig höheren der Fall. Die Industrie- und Handelskammer München hat von Anfang an diese Methode angewandt, um sachgerechte Entscheidungen hinsichtlich der Bestimmung der Kaufmannseigenschaft treffen zu können.

Die Differenzierung der Umsatzwerte muß nach verschiedenen Gesichtspunkten erfolgen. In erster Linie muß eine Unterscheidung in Waren- und Leistungsumsatz getroffen werden. Bei einem Handelsvertreter, einem Makler, einem Finanzierungsinstitut oder einem Fuhrunternehmer ist ein zahlenmäßig geringerer Umsatz als bei einem Gewerbetreibenden, der für eigene Rechnung Waren verkauft, ausreichend, um den Umfang als genügend groß ansehen zu können. Es liegt an der unterschiedlichen Natur, am verschiedenen Geschäftsgegenstand dieser Unternehmen, daß bei gleich umfangreicher Tätigkeit der Warenhandler einen höheren Umsatz erzielt als jemand, der im weitesten Sinn Dienstleistungen erbringt. Da der Umsatz den Umfang der nach außen gerichteten Tätigkeit zum Ausdruck bringen soll, muß der "Grenzwert" beim Warenumsatz größer sein als beim Leistungsumsatz.

Die Industrie- und Handelskammer München unterscheidet ferner zu Recht bei dem Warenhandel in Großhandels- und Einzelhandelsumsatz. Auch hier ist wieder der Gesichtspunkt maßgebend, daß im allgemeinen bei gleichem Umfang der Tätigkeit ein Großhändler einen zahlenmäßig höheren Umsatz erzielt als ein Einzelhändler.

Das gleiche Motiv liegt der besonders wichtigen Unterscheidung zugrunde, die auf dem Preis der verkauften Waren beruht. Wenn jemand durch den Verkauf von wenigen sehr teuren Gegenständen zahlenmäßig den gleichen Umsatz erzielt wie ein anderer, der viele Geschäfte über billigere Waren abschließt, so ist der Umfang des Unternehmens des letzteren, ausgedrückt durch den Umsatz, größer

---

11) vgl. OLG München in JFG 14/92; RG in JW 03/140 Nr. 27;
12) siehe oben C I a 2 bb;

im Sinne der §§ 2 und 4 I HGB. Der Umfang eines solchen Betriebs erfordert nämlich einer kaufmannische Einrichtungen als der zahlenmäßig gleiche Umsatz des Unternehmers, der nur wenige teure Gegenstände verkauft hat. Der Meinung, daß es gleichgültig sei, ob viele Geschäfte über geringe oder wenige über hohe Wertgegenstände abgeschlossen werden [13] ist daher nicht zuzustimmen [14].

Die Industrie- und Handelskammer München hat unter Anwendung der oben geschilderten Grundsatze den Umsatz eines Schmuck-Großhandelsunternehmens als zu gering erachtet, obwohl er rein zahlenmäßig im Rahmen dessen lag, was für andere Handelsbetriebe als ausreichend betrachtet wurde [15]. Auch ein Pelzwarenunternehmen wurde lediglich als gerade noch eintragungsfähig angesehen, obgleich dessen Umsatz z.B. bei einer Drogerie bei weitem ausgereicht hatte. Der hohe Preis war es in diesen Fällen, der es verlangte, die Umsatzmindestwerte verhältnismäßig hoch anzusetzen.

Der gleiche Gedanke lag bei der Beurteilung eines Kohlenhandlers zugrunde, der seine Waren in großen Mengen und somit zu hohen Gesamtpreisen verkaufte. Trotz eines Umsatzes, der über den Regelwerten für andere Warenhandler lag, wurde die Eintragungsfähigkeit verneint.

Auch eine "Staffelung" des Umsatzes nach unten ist aus den Gutachten der Industrie und Handelskammer München zu entnehmen. Ein Obstwarenhandler z.B. wurde als Vollkaufmann angesehen, weil der verhältnismäßig kleine Umfang seines Unternehmens durch zahlreiche Einzelverkäufe von geringem Wert erreicht wurde, und weil auch wegen des Einkaufs der Ware in geringen Posten eine große Anzahl einzelner Geschäftshandlungen vorgenommen werden mußte. Wie für ein Obstwarengeschäft wird das gleiche auch für einen Lebensmittelhändler zu gelten haben, obgleich die Äußerungen der Industrie- und Handelskammer München zu diesem Gewerbezweig unterschiedlich und z.T. widerspruchsvoll sind.

Aus all diesen Beispielen ist ersichtlich, daß die Art der einzelnen Gewerbezweige bzw. Gruppen der maßgebliche Faktor für die Festsetzung der zu fordernden Umsatzwerte ist. Vor allem ist es die Art in Form des "Geschäftsgegenstands", aber auch

---

13) so Staub, Komm. zum HGB, 14. Aufl., Anm. 8 zu § 2; Würdinger in RGR-Komm. zum HGB, Anm. 10 zu § 2; Max Fink, a.a.O., S. 39; KG bei Sobernheim-Strauss, a.a.O., S. 154;

14) im Sinne der hier vertretenen Auffassung: KG in RJA 15/136; LG Bielefeld, Beschluß vom 21.12.60 (AZ: 9 T 10/59), soweit ersichtlich nicht veröffentlicht; AG Melsungen in BB 61/1025;

15) in gleicher Weise bezüglich eines Möbelhändlers KG bei Sobernheim-Strauss, a.a.O., S. 190;

als "Art und Weise". Das ist ein weiterer Beweis für die schon des öfteren getroffene Feststellung, daß Art und Umfang keine scharf voneinander zu trennenden Merkmale der §§ 2 und 4 I HGB sind.

Daher muß man auch bei der Bewertung des Umsatzes nach der Häufigkeit der einzelnen Geschäftsvorgänge beachten, daß diese nicht schon infolge der Natur der Gewerbezweige in einfachster Form ablaufen. So fordert die Industrie- und Handelskammer München bei reinen Milchgeschäften einen verhältnismäßig hohen Umsatz, obwohl er bei einem solchen Gewerbebetrieb nur durch viele Verkäufe zu geringen Preisen zustandekommt. Der Verkauf der Milchprodukte und vor allem der Einkauf, der häufig nur bei einem oder wenigen Lieferanten erfolgt, sind von so einfacher Art, daß erst bei einem besonders hohen Umsatz die Tätigkeit des Unternehmens als genügend umfangreich anzusehen ist.

Im folgenden soll kurz auf einige Umsatzregelwerte eingegangen werden, die die Industrie- und Handelskammer München den Begutachtungen zugrunde gelegt hat bzw. zugrunde legt. Infolge der seit Jahrzehnten ständig angestiegenen Nominalpreise für die einzelnen Waren und Leistungen sind die Umsatzwerte zwangsläufig auch immer höher geworden. Bei der Orientierung an solchen Zahlen unterscheidet die Industrie- und Handelskammer München häufig zwischen Eintragungsrecht und Eintragungspflicht des einzelnen Gewerbetreibenden. Diese Differenzierung ist vom Gesetz nicht vorgesehen und kann auch nicht als rechtliche Unterscheidung angesehen werden; denn wenn ein Unternehmen eintragungsfähig ist, hat der Inhaber das Recht, aber auch zugleich die Pflicht, die Eintragung in das Handelsregister vornehmen zu lassen [16]. Dennoch ist diese Trennung vom praktischen Gesichtspunkt her zweckmäßig. Eine scharfe Grenzziehung zwischen Voll- und Minderkaufmann (§ 4 I HGB) bzw. Nichtkaufmann (§ 2 HGB) ist nämlich weder an Hand von Umsatzzahlen, noch viel weniger auf Grund eingehender Prüfung aller in Frage kommender Umstände möglich. Die Grenze ist nach den gesetzlichen Bestimmungen zwangsläufig unscharf. Aus diesem Grund ist es bei der praktischen Handhabung angebracht, jemanden, der gerade noch als Vollkaufmann anzusehen ist, in das Handelsregister einzutragen, wenn er selbst diesen Wunsch äußert.

Zwingen wird man dagegen nur denjenigen, dessen Unternehmen ohne Bedenken zu dem Kreis der vollkaufmännischen Betriebe zu zählen ist. Nur so kann man den praktischen Problemen gerecht werden und Härtefälle zu vermeiden suchen, die bei Abgrenzungsfragen auf Grund von allgemein gefaßten gesetzlichen Bestimmungen zwangsläufig entstehen.

Im einzelnen ist zu sagen, daß in den zwanziger Jahren für Warenhandelsunternehmen ein Regelwert von ca. 20 000.- Mark gegolten hat, wobei in den bereits

---

16) so auch Karl Droste in NJW 61/1608;

geänderten besonderen Fällen eine Staffelung der Umsatzzahlen nach oben vorgenommen wurde, worauf hier jedoch nicht mehr eingegangen werden soll. Bei Handelsvertretern waren es ca. 6 - 7000.- Mark, die als Mindestumsatz im allgemeinen verlangt wurden. In den dreißiger Jahren lag der Regelwert für Warenhandler bei ca. 30 000.- Mark, während 1953 für den Einzelhandel der Betrag von 40 000.- DM, für den Großhandel und für Herstellungsbetriebe von 80 000.- DM als angeführter Richtsatz galt. 1957 lag der Grenzwert für Einzelhandelsunternehmen bei ca. 50 000.- DM während für Handelsvertreter mindestens 12 000.- DM gefordert wurden. Für Herstellungsbetriebe lag die Grenze im Jahre 1959 bei ca. 100 000.- DM, im Jahre 1963 bei etwa 120 000.- DM.

Es wäre wenig sinnvoll und würde über den Rahmen der Arbeit hinausgehen, versuchen zu wollen, eine vollständige Liste der Regelwerte für die einzelnen Gruppen aufzustellen. Vor allem muß betont werden, daß solche Werte lediglich Richtzahlen sind, die die Feststellung der Kaufmannseigenschaft gemäß §§ 2 und 4 i HGB erleichtern. Insbesondere dann, wenn der Umsatz im Grenzbereich liegt, nimmt die Industrie- und Handelskammer München eine sachgerechte Begutachtung auch auf Grund anderer Faktoren vor und trifft ihre Entscheidung nicht lediglich schematisch auf Grund dieses einen Umstandes.

Im Zusammenhang mit der Bestimmung der Kaufmannseigenschaft an Hand von Umsatzzahlen und damit unter Zuhilfenahme von Regelwerten muß kurz erwähnt werden, daß entgegen derartiger Behauptungen [17] die Industrie- und Handelskammer München, wie auch andere Kammern, ihre Entscheidungen nicht auf Grund der Steuermeßbeträge trifft [18]. Schon im Jahre 1912 hat die Industrie- und Handelskammer München eine diesbezügliche Anfrage der Industrie- und Handelskammer Magdeburg verneinend beantwortet. Auch heute steht die Kammer auf dem gleichen Standpunkt, denn einer Verwertung der Steuermeßbeträge stehen steuerrechtliche Bedenken entgegen, und diese Zahlen sagen in Aufbauzeiten nichts aus, da die Meßbeträge erst nach ca. 2 - 3 Jahren festgelegt werden. Wenn überhaupt so können sie höchstenfalls Aufschluß darüber geben, ob bei einem Betrieb ein Prüfungsverfahren hinsichtlich der Eintragungsfähigkeit eingeleitet werden soll oder nicht. Die Prüfung selbst muß jedoch nach den bereits beschriebenen Merkmalen vorgenommen werden.

---

17) vgl. Heinz-Jürgen Krauth in NJW 61/13;

18) vgl. auch Karl Droste in NJW 61/1610;

d) Die Berücksichtigung von "Art" und "Umfang" beim neugegründeten Gewerbebetrieb

Für die Beurteilung der Kaufmannseigenschaft kommt es im Allgemeinen auf den Zeitpunkt der Entscheidung an [1], denn nur die Art und der Umfang des Unternehmens in dieser Zeit können zuverlässige Auskunft über die Notwendigkeit kaufmännischer Einrichtungen geben. Dennoch kann es sowohl im Interesse des Unternehmers als auch der Öffentlichkeit liegen, einen Gewerbebetrieb, der sich noch im "Gründungsstadium" befindet und in dem auf Gewinn gerichtete Geschäfte möglicherweise noch nicht getätigt wurden, einzutragen. Dieses Verfahren ist zulässig und im allgemeinen auch anerkannt.

Es kommt dabei darauf an, daß ein solches Unternehmen von Anfang an auf einen vollkaufmännischen Betrieb angelegt ist, und daß konkrete Anhaltspunkte eine derartige Entwicklung wahrscheinlich machen [2]. Nicht dagegen genügt die bloße Möglichkeit einer solchen Ausdehnung, die der selbstverständliche Wunsch eines jeden Unternehmers ist [3]. Eine solche "Vorverlagerung" der Eintragungsfähigkeit ist auch mit dem Willen des Gesetzes vereinbar, denn schon der vom Gesetz gebrauchte Begriff "Gewerbe" stellt auf die konkret zu erkennende Dauerhaftigkeit und die auf Gewinn gerichtete Planmäßigkeit ab [4].

Daher ist es zulässig, auch bei handelsrechtlicher Einordnung der Gewerbe von der Planung, von der Gestaltung auszugehen.

Bei einem gerade erst gegründeten Unternehmen kann man die Kaufmannseigenschaft aber nicht in gleicher Weise nach Art und Umfang bestimmen wie bei sonstigen Betrieben. Besonders der so wesentliche Umsatz kann nicht zahlenmäßig herangezogen werden, weil entweder noch keiner erzielt wurde, oder aber die wenigen diesbezüglichen Ergebnisse einen zu kurzen Zeitraum umfassen [5].

Man muß daher auf die schon meßbaren Größen wie Betriebskapital, Warenlager

---

1) Staub, Komm. zum HGB, 14. Aufl. Anm. 22 a zu § 4 stellt auf den Antrag des Unternehmers ab. Dadurch werden aber nicht die Fälle erfaßt, in denen der Gewerbebetrieb von Amts wegen auf seine Eintragungsfähigkeit geprüft wird.

2) BGH in BGHZ 10/96; KG in OLGR 14/332; Baumbach-Duden, a.a.O., Anm. 1 c zu § 4; Staub, Komm. zum HGB, 14. Aufl., Anm. 22 a zu § 4; Georg Bandasch, Komm. zum HGB, Anm. 2 zu § 4;

3) so auch BGH in BGHZ 10/96; KG in OLGR 7/146;

4) vgl. Schlegelberger, a.a.O., Anm. 23 zu § 1;

5) Nach der Schweizerischen Verordnung über das Handelsregister vom 7.6.31 wird gemäß Art. 5, I die voraussichtliche Roheinnahme für 1 Jahr auf Grund der bisherigen Ergebnisse berechnet.

und Anschaffungsgeschäfte abstellen [6]. Aber man wird auch aus verschiedenen Umständen auf einen zu erwartenden größeren Umsatz schließen können und insoweit diesen wesentlichen Faktor, wenn auch nicht zahlenmäßig, erfassen.

Mit Hinsicht darauf stellt die Industrie- und Handelskammer München häufig auf die Beziehungen zu zahlungskräftigen und bedeutenden Kunden ab, denn solche Geschäftsverbindungen lassen es grundsätzlich wahrscheinlich sein, daß das Unternehmen den erforderlichen Umsatz erreichen wird. Ein weiterer Anhaltspunkt sind einschlägige Fachkenntnisse des Unternehmers oder der verantwortlichen Mitarbeiter. Ein Handelsvertreter wird wahrscheinlich den notwendigen Umsatz erzielen, wenn er bereits eingeführte Waren verkauft oder aber eine namhafte Firma vertritt.

Die Industrie- und Handelskammer München versucht auch möglichst Umstände heranzuziehen, die unmittelbar auf einen großen Umsatz schließen lassen. So kann man z.B. grundsätzlich für die Beurteilung der Eintragungsfähigkeit davon ausgehen, daß ein Unternehmer etwa den gleichen Umsatz erzielen wird, den der Vorganger bereits aufzuweisen hatte. Für eine Entwicklung zum vollkaufmännischen Gewerbe spricht auch der Umstand, daß bereits große Bestellungen vorliegen, so daß aus diesen der mögliche Umsatz ersichtlich wird.

Diese oder ähnliche Momente können, abgesehen von großem Betriebskapital und bereits angeschafften Warenbeständen, ein konkretes Anzeichen dafür sein, daß ein Gewerbebetrieb seiner ganzen Anlage nach schon von vornherein zu den vollkaufmännischen Unternehmen gehört und deshalb eintragungsfähig ist.

---

6) so KG in OLGR 14/332;

D. DIE KAUFMANNSEIGENSCHAFT DER HANDWERKER

I. DIE RECHTSLAGE VOR DEM INKRAFTTRETEN DES GESETZES VOM 31.3.1953

a) Die gesetzliche Regelung im ADHGB von 1861

Schon frühzeitig erfolgte für die Handwerker hinsichtlich ihrer Stellung als Kaufleute gegenüber den anderen Gewerbetreibenden eine besondere Regelung. Die Unterscheidung zwischen Kaufmann im engeren Sinn und Handwerker umschrieb das kanonische Recht im canon 11 § 2 D 88 dahin: "Quicumque rem comparat non ut ipsam rem integram et immutatam vendat, sed ut materia sibi sit inde aliquid operandi, ille non est negotiator, qui autem comparat rem, ut illam ipsam integram et immutatam dando (al vendendo) lucretur, ille est mercator qui de templo dei eicitur". Grund für diese Unterscheidung war die Mißbilligung des Handels als Geldverdienst "ohne rechte Arbeit" [1].

Diese Differenzierung in Handwerker und eigentliche Handelsleute führte in der Folgezeit in den einzelnen deutschen Partikularrechten zu unterschiedlicher rechtlicher Beurteilung [2]. Teilweise wurden den eigentlichen Kaufleuten nur diejenigen gleichgestellt, die ihre Rohstoffe in größeren Mengen einkauften und sie unter Mitwirkung zahlreicher Hilfskräfte verarbeiteten (also die sog. Fabrikanten) [3]. In anderen Gesetzen standen die Handwerker, sofern sie zugleich mit fremden Fertigwaren handelten, den Kaufleuten gleich [4].

Wieder eine andere Regelung ging dahin, auch solche Handwerker den Kaufleuten gleichzustellen, die mit den aus gekauften Rohstoffen hergestellten Waren einen offenen Ladenhandel trieben [5]. Im code de commerce [6] galten die Handwerker schlechthin als Kaufleute, sofern sie Waren anschafften und diese nach vorheriger Be- oder Verarbeitung wieder veräußerten.

Diese verschiedenen Auffassungen waren bei der Beratung des ADHGB von 1861 gegeben. Wenn auch der Gesetzgeber keine der oben dargestellten Regelungen

---

1) Paul Immerwahr, a.a.O., S. 1;

2) vgl. Rudolf Bovensiepen, a.a.O., S. 7;

3) so z.B. Pr. ALR Teil 2, Tit. 8, §§ 413, 483, 484, 473, 474, 720; Pr. Strafgesetzbuch von 1851, Art. 259, 262, Österr. Wechsel- und Merkantilgerichtsordnung von 1763, Tit. 1, § 1;

4) z.B. Nürnberger Handelsgerichtsordnung von 1804, § 8; anders aber: Württ. Wechselordnung von 1759, Kap. 2, § 1;

5) z.B. Bayr. neue Merkantilgerichtsordnung von 1755, §§ 1, 2;

6) Art. 1, 632 Ziff 1 und 2;

[illegible] übernahm, blieb es doch bei der unterschiedlichen Bewertung der Handwerker gegenüber den sonstigen Unternehmern. Da nach Art. 4 ADHGB derjenige Kaufmann war, der gewerbsmäßig Handelsgeschäfte abschloß [illegible], mußten verschiedene handwerkliche Tätigkeiten aus dem Kreis der Handelsgeschäfte ausgeschlossen werden, da man nicht allen Handwerkern die Kaufmannseigenschaft zubilligen wollte. Daher erklärte Art. 272, 1 ADHGB die Be- und Verarbeitungstätigkeit für fremde Rechnung auch nur dann zum Handelsgeschäft, wenn der Umfang des Handwerks überschritten wurde. Handwerkliche Gewerbetreibende dieser Art waren also überhaupt nicht Kaufleute.

Das Anschaffen von Waren für eigene Rechnung und das Veräußern nach vorheriger Be- oder Verarbeitung galt jedoch als Handelsgeschäft (Art. 271, 1 ADHGB), so daß auch Handwerker dieser Gewerbegattung über Art. 4 ADHGB als Kaufleute anzusehen waren.

Alle reinen Veräußerungsgeschäfte mit Waren, die in Ausübung des Handwerks vorgenommen wurden, galten aber nach Art. 273 III ADHGB nicht als Handelsgeschäfte.

Kaufmann konnte somit nur der sog. Warenhandwerker sein. Aber auch diese Handwerker wurden den sonstigen Kaufleuten nicht gleichgestellt, denn Art. 10 I ADHGB erklärte die Vorschriften über Firmen, Handelsbücher und Prokura u. a. auf Personen, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerks hinausgeht, für unanwendbar.

Handwerker waren, sofern sie überhaupt die Kaufmannseigenschaft nach Art. 4/271, 1 ADHGB hatten, nur Minderkaufleute (Art. 10 I ADHGB) [8].

b) Die gesetzliche Regelung im HGB

Das HGB vom 10.5.1897 hatte in der bis zum Inkrafttreten des Gesetzes vom 31.3.1953 gegoltenen Fassung die im ADHGB getroffene Regelung der Kaufmannseigenschaft der Handwerker übernommen und auch in Handwerker, die keine Kaufleute und solche, die Minderkaufleute waren, unterschieden.

Trotz verschiedener Anregungen bei der Beratung des HGB, den Handwerkern die Kaufmannseigenschaft ganz zu entziehen, war man der Meinung, daß dem Handwerk die durch seine Betriebsverhältnisse bedingte Sonderstellung zwar wie bisher erhalten bleiben müsse, daß aber ein völliger Ausschluß dieses Wirtschaftszwei-

---

7) unter verschiedene Vorschriften des Handelsrechts fielen aber auch Personen, die zwar Handelsgeschäfte abschlossen, aber mangels Gewerbsmäßigkeit keine Kaufleute waren; siehe auch Teil A;

8) vgl. Heinrich Dove bei Holdheim 7/297;

ges aus dem Handelsrecht nicht zweckmäßig sei, da das Handelsrecht auch Vorteile biete [1].

Nach § 1 II 2 HGB war ein Unternehmer, der lediglich Be- oder Verarbeitungen für andere ausführte, nur dann als Kaufmann anzusehen, wenn sein Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausging. Das gleiche galt für Druckereien (§ 1 II 9 HGB). Derartige sog. Lohnhandwerker waren also keine Kaufleute im Sinne des Handelsgesetzbuchs. Gewerbetreibende, die Waren anschafften und sie nach Be- oder Verarbeitung wieder veräußerten, galten als Kaufleute gemäß § 1 II 1 HGB, so daß also auch der sog. Warenhandwerker Kaufmann war.

Einschränkend bestimmte § 4 I HGB, daß die Vorschriften über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokura keine Anwendung finden sollten "auf Handwerker sowie auf Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht".

Die Formulierung des § 4 I HGB war der Anlaß zu einem Streit darüber, ob alle Handwerker Minderkaufleute seien, sofern sie überhaupt als Kaufmann anzusehen waren. Die überwiegende Meinung, die sich schließlich auch vollends durchsetzte, bezog den Relativsatz "deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht" nur auf "Personen", nicht aber auf "Handwerker" [2]. Diese Auslegung hatte zur Folge, daß die Handwerker sofern sie überhaupt nach § 1 HGB Kaufmann waren, in jedem Fall nur als Minderkaufleute angesehen werden konnten, und daß es auf einen kleingewerblichen Umfang gar nicht ankam.

Dagegen stellten einige unter Beziehung des Relativsatzes auf das Wort "Handwerker" auch bei diesen auf den Umfang des Kleingewerbes und somit auf die Nichterforderlichkeit kaufmännischer Einrichtungen ab [3].

Nach dieser Ansicht war jemand, dessen handwerklicher Betrieb kaufmännische Einrichtungen benötigte, nicht Handwerker im Sinne des § 4 I HGB. Diese Meinung, daß ein Handwerker nicht nur Minder-, sondern auch Vollkaufmann sein könne, hatte die weitere Folge, daß eine Eintragungsfähigkeit handwerklicher Unternehmen auch über § 2 HGB bejaht wurde, sofern nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen notwendig waren [4].

---

1) Denkschrift von 1897, S. 8; vgl. auch Bovensiepen, a.a.O., S. 15 ff;
2) u.a. Groschuff in JW 34/3030; Neukamp in Recht 10/152; Lastig, a.a.O., S. 70;
3) so Max Fink, a.a.O., S. 46; Staub, Komm. zum HGB, 6./7. Aufl., Anm. 3 zu § 4; KG in OLGR 8/93;
4) vgl. Weiss, a.a.O., S. 18;

Diese Auffassung kann nicht gebilligt werden [5]. Der Gesetzgeber hätte sonst die ausdrückliche Erwähnung der "Handwerker" in § 4 I HGB unterlassen können [6]. In der Kommissionsberatung war ein entsprechender Antrag gestellt worden, der jedoch mit der Begründung abgelehnt wurde, daß sich die bisherige Sonderstellung des Handwerks bewahrt habe, und daß sich auch das im großen betriebene Handwerksunternehmen nicht für die vollen Rechte und Pflichten des Kaufmanns eigne [7].

Daß ein Handwerker niemals Vollkaufmann, auch nicht über § 2 HGB, sein konnte, ergibt sich auch daraus, daß § 4 I HGB die Anwendung der Vorschriften über die Firmen ausschloß, und daß zur Erlangung der Vollkaufmannseigenschaft gemäß § 2 HGB gerade die Eintragung einer Firma notwendig war [8].

Auch § 126 FGG sprach gegen die Eintragungsmöglichkeit handwerklicher Unternehmen, denn eine Mitwirkung der Handwerkskammern bei der Eintragung in das Handelsregister war nicht vorgesehen.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß bis zur Gesetzesänderung im Jahre 1953 Handwerker zwar nach § 1 II 1 HGB Kaufleute, wegen § 4 I HGB aber nur Minderkaufleute sein konnten, und daß die unter § 1 II 2, 9 HGB fallenden Handwerker überhaupt nicht Kaufleute waren, wobei ihnen wegen der ausdrücklichen Vorschrift des § 4 I HGB auch § 2 HGB verschlossen war.

c) Der Begriff des Handwerks

1. Die Schwierigkeiten einer Definition

Nachdem die rechtliche Beurteilung der Handwerker hinsichtlich ihrer Kaufmannseigenschaft dargelegt worden ist, muß geklärt werden, was unter "Handwerk" bzw. "Handwerker" zu verstehen ist.

Obwohl diese Begriffe sowohl im Handelsrecht als auch im öffentlichen Recht verankert sind, ist es dem Gesetzgeber nicht gelungen, eine Definition zu geben [1].

---

5) vgl. auch Würdinger in RGR-Komm. zum HGB, Anm. 12 zu § 2; Ehrenberg, a.a.O., S. 48; Arthur Kühne, a.a.O., S. 62; Günter Xanke, Die rechtliche Stellung des Handwerks zu Handelsregister und Handelsgesetzbuch, in ZHR 104/187 ff;

6) vgl. Kuckuck bei Holdheim 13/125, 126;

7) Kommissionsbericht im Anhang an Denkschrift von 1897, S. 211;

8) vgl. Würdinger in RGR-Komm. zum HGB, Anm. 12 zu § 2; Karl Mayer, a.a.O., S. 27;

1) vgl. Eyermann-Fröhler, Komm. zur Handwerksordnung, Anm. II 2 zu § 1; Alfons Schmidt-Tophoff, Die Kammerzugehörigkeit nicht handwerklicher Nebenbetriebe, in DVBl 1961/186;

und es ist sogar behauptet worden, daß ein solcher Versuch dem Wunsch gleichkäme, die Quadratur des Kreises lösen zu wollen [2].

Der Grund dieser Schwierigkeit liegt darin, daß das Handwerk ein Betriebssystem gewerblicher Tätigkeit ist, welches sich in ständigem Wandel befindet und einmal mehr, einmal weniger in andere Bereiche des Lebens übergreift.

Das Handwerk ist außerdem nicht nur ein Begriff des Wirtschaftslebens, sondern zugleich der sozialen, gesellschaftlichen Ordnung. Wenn auch in neuerer Zeit derartige Unterscheidungen an Bedeutung verloren haben, so war das Handwerk jahrhundertelang und auch noch zur Zeit der Schaffung des HGB als "Lebensform", als Stand anzusehen.

Da das Handwerk ein derart komplexer Begriff ist, erscheint es unmöglich, auch nur eine für das Handelsrecht brauchbare Definition zu geben. Unter Außerachtlassung dieser Vielgestaltigkeit hat man versucht, einen rein juristischen Handwerksbegriff zu finden. So sagt Ehrenberg [3], daß Handwerker Unternehmer seien, deren Gewerbebetrieb in der Be- oder Verarbeitung von Sachen bestehe und auf die unmittelbare Mitarbeit des Unternehmers eingerichtet sei. Eine solche Bestimmung beinhaltet zwar einen wesentlichen Kern handwerklicher Unternehmen [4], kann jedoch einer Vielzahl von Fällen nicht gerecht werden.

Auch die Begriffsbestimmungen aus einer Zeit, als das Handwerk noch die alleinige oder aber dominierende Form der Be- oder Verarbeitung von Sachen war, sind infolge der technischen Umwälzung unbrauchbar geworden, so daß man das Handwerk nicht mehr "als dasjenige gewerbliche Betriebssystem, bei dem der Produzent als Eigentümer der Betriebsmittel Tauschwerte für nicht seinem Haushalt angehörende Konsumenten erzeugt", ansehen kann [5].

Eine solche allgemeine Bestimmung gibt keinen Unterschied zu den nichthandwerklichen Bearbeitungsgewerben.

Man wird das Handwerk unter Verzicht auf eine allgemeine Definition mindestens für den Bereich des Handelsrechts nur dadurch bestimmen können, daß die typischen Unterschiedsmerkmale zu anderen Be- und Verarbeitungsgewerben festgestellt werden. Für diese Abgrenzung der handwerklichen Tätigkeit vor allem von der industriellen Fertigung wird davon auszugehen sein, daß das Handwerk durch die geschichtlich entstandene Verkehrssitte und die soziale Anschauung bestimmt wird [6].

---

2) Emil Weiss, a.a.O., S. 8; RG in RGSt 21/211;

3) Viktor Ehrenberg, a.a.O., S. 110;

4) siehe unten D I c 2;

5) vgl. auch Staub, Komm. zum HGB, 14. Aufl. Anm. 2 zu § 4;

6) Konrad Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, S. 48, Müller-Erzbach, a.a.O., S. 60; Bovensiepen, a.a.O., S. 20; KG in DJZ 29/1056; a.A. Karl Mayer, a.a.O., S. 25;

2. Die Abgrenzung des Handwerks von der Industrie

Für die Abgrenzung des Handwerks von der Industrie sind aus dem Gesetz keine konkreten Regeln zu entnehmen. Es ist daher fraglich, ob die Unterscheidung auf Grund der verschiedenen Ausgestaltung der Unternehmen (Art) oder des Umfangs oder aber beider Momente zu treffen sei.

Aus § 1 II 2, 9 HGB a. F. wollte eine vor allem in den ersten Jahrzehnten dieses Jahrhunderts verbreitete Meinung die Folgerung herleiten, daß sich das Handwerk nur durch geringen Umfang auszeichne, da nach dieser gesetzlichen Vorschrift der Inhaber eines Be- oder Verarbeitungsgewerbes nur Kaufmann war, wenn sein Betrieb über den "Umfang des Handwerks" hinausging [1].

Der gleiche Gedanke lag einer differenzierenden Auffassung zugrunde, die den Handwerker des § 1 II 2, 9 HGB ebenfalls nach dem Umfang des Gewerbes bestimmte, in § 4 HGB (verbunden mit § 1 II 1 HGB) den Begriff des Handwerks aber auf Grund anderer Umstände abgrenzte [2].

Staub ging in den älteren Auflagen seines Kommentars zum HGB unter Bezugnahme auf die Formulierung in § 1 II 2, 9 HGB auch vom Umfang aus, stellte aber den Handwerksbegriff außerdem noch auf eine andere Ebene und sah als Handwerker denjenigen an, dessen Be- oder Verarbeitungsgewerbe dem Umfang nach eine kaufmännische Organisation nicht erforderte [3].

Eine weitere Ansicht zog ebenfalls den Umfang, aber auch die Art des Unternehmens heran, und erachtete nur den als Handwerker, dessen Betrieb nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht benötigte [4].

Diese verschiedenen Begriffsbestimmungen des Handwerks, mochten sie im einzelnen auch auf zusätzliche Faktoren wie auf die Nichterforderlichkeit einer kaufmännischen Organisation abstellen, gingen alle vom Umfang als einem wesentlichen Unterscheidungsmerkmal aus.

Ursache war jedoch nicht nur die Formulierung in § 1 II 2, 9 HGB a.F., sondern auch die damals geläufige Terminologie, die den Gegensatz des Handwerksunternehmens als Fabrikbetrieb bezeichnete. Schon in dem Wort "Fabrik" ist das Mo-

---

1) Heinrich Dove, bei Holdheim 7/300;

2) so Neukamp in Recht 10/156; Rudolf Bovensiepen, a.a.O., S. 23;

3) Staub, Komm. zum HGB, 6./7. Aufl., Anm. 3 zu § 4; Staub, Vollkaufmann und Minderkaufmann nach dem neuen Handelsgesetzbuch, in DJZ 98/423;

4) Max Fink, a.a.O., S. 46; KG in OLGR 8, 93; OLG Dresden in Sobernheim-Strauss, a.a.O., S. 123;

ment der Größe enthalten. Alte gesetzliche Vorschriften, welche den Begriff "Fabrik" zu definieren versuchten, stellten auch auf gewisse Größenmerkmale ab [5]. Das KG verstand unter Fabrik ebenfalls eine in größerem Umfang betriebene Anstalt [6]. Wenn der Ausdruck "Fabrik" auch in vielen Fällen gebraucht wurde, während man sich bewußt war, daß er sprachlich nicht richtig den Gegensatz des Handwerks bezeichnet [7], so hat diese unzutreffende Terminologie doch dazu beigeführt, daß das Handwerk als das angesehen wurde, was nicht Fabrik ist und somit einen geringen Umfang hat.

Der Gegensatz des handwerklichen Be- oder Verarbeitungsgewerbes ist jedoch nicht der Fabrikbetrieb [8], sondern das industrielle Unternehmen. Letzteres kann bei entsprechend großem Umfang zur Fabrik werden. Für die Abgrenzung des Handwerks vom Nichthandwerk muß also der Unterschied zur Industrie, nicht zur Fabrik, herausgestellt werden.

Das handwerkliche Unternehmen unterscheidet sich aber vom industriellen nicht durch den Umfang, sondern durch die Art der betrieblichen Ausgestaltung. Wie schon der Ausdruck "Umfang des Kleingewerbes" in § 4 I HGB a.F. nicht wörtlich auszulegen ist [9], so gilt dies auch für den "Umfang des Handwerks" in § 1 II 2, 9 HGB a.F. Umfang des Handwerks bedeutet so viel wie "handwerklicher Rahmen" oder "handwerkliche Betriebsart" [10]. Wenn auch ein Handwerksbetrieb häufig nur einen geringen Umfang haben wird, so ist dies nicht grundsätzlich der Fall, so daß der Umfang kein Abgrenzungsmerkmal gegenüber der Industrie darstellt. Die Formulierung in § 1 II 2, 9 HGB a.F. ist als mißglückt anzusehen [11] und möglicherweise daraus zu erklären, daß zur Zeit der Schaffung des HGB der geringe Umfang eines Handwerksbetriebs die Regel war. Unter Berücksichtigung der herkömmlichen Vorstellung beruht der Begriff des Handwerks aber in erster Linie auf der handwerksmäßigen und handwerksüblichen Herstellungsweise [12].

---

5) vgl. im einzelnen Emil Weiss, a.a.O., S. 10 ff; Karl Mayer, a.a.O., S. 23 ff;
6) KG in OLGR 27/309;
7) vgl. Paul Helfrich, Denkschrift über die Abgrenzung von Handwerk und Nichthandwerk, verfaßt im Auftrag der IHK München, S. 41;
8) so auch Lastig, a.a.O., S. 65;
9) siehe oben C I b 2;
10) so Groschuff in JW 34/3032;
11) Würdinger, Zur Kaufmannseigenschaft handwerklicher Großunternehmer, in MDR 52/590;
12) so auch Staub, Komm. zum HGB, 14. Aufl. Anm. 9 zu § 4 (im Gegensatz zur 6./7. Aufl.); Heinrich Lehmann, a.a.O., S. 35/36; Emil Weiss, a.a.O., S. 15; Karl Mayer, a.a.O., S. 35; KG in JW 26/2930;

Die innere Natur des Gewerbebetriebs muß handwerklichen Charakter haben [13].

Daß die Art der Herstellung das Kennzeichen des Handwerks ist, geht schon aus den Materialien zum HGB hervor. In der ersten Lesung im Plenum des Reichstags wurde erklärt, daß auch große Geschäfte, soweit sie einen handwerksmäßigen Betrieb hätten, nicht zur Buchführung usw. verpflichtet seien [14].

In der Kommissionsberatung wurde ein Antrag, bei den Handwerkern auch den Umfang für die Eintragungspflicht in das Handelsregister entscheiden zu lassen, mit der Begründung abgelehnt, daß auch das im großen betriebene Handwerksunternehmen sich nicht für die vollen Rechte und Pflichten des Kaufmanns eigne [15]. Daraus geht eindeutig hervor, daß der Gesetzgeber von der Tatsache ausging, daß es große Handwerksbetriebe gebe, und daß ein bedeutender Umfang nicht den Handwerkscharakter nehme.

Die handwerkliche Betriebsweise läßt sich auf Grund einzelner Merkmale feststellen, wobei das Schwergewicht der einzelnen Umstände, wie dies schon betont wurde [16], durch die geschichtlich entstandene soziale Anschauung bestimmt wird.

Die allgemeine Auffassung geht seit jeher dahin, unter einem Handwerker in Anlehnung an diese Bezeichnung jemanden zu verstehen, der selbst "Hand anlegt". Die tätige Mitarbeit des Unternehmers am Herstellungsprozeß muß daher als das entscheidenste Merkmal eines handwerklichen Betriebs angesehen werden [17]. Dabei kommt es jedoch nicht darauf an, daß der Unternehmer im Einzelfall tatsächlich handwerklich tätig ist. Der Betrieb muß nur typisch auf die Mitarbeit eingerichtet sein [18].

---

13) RG in RGSt 24/357; so auch RG in RGSt 1/382 und BGH in BB 52/181, die jedoch grundsätzlich auch dem Umfang Bedeutung beimessen, wobei Umfangsmomente allerdings besonders hervorstechend sein müssen;

14) Erste Lesung im Plenum des Reichstags, im Anhang an Denkschrift von 1897, S. 185;

15) Kommissionsbericht im Anhang an Denkschrift von 1897, S. 211;

16) siehe oben D I c 1;

17) vgl. Würdinger in RGR-Komm. zum HGB, Anm. 3 zu § 4; Heinrich Lehmann, a.a.O., S. 36; Julius v. Gierke, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, S. 44; Wilhelm Finger, a.a.O., S. 5; Paul Helferich, a.a.O., S. 40; Hans Schmidt, Großhandwerker als Vollkaufleute, in BB 53/281; KG in JW 36/3127; a.A. Groschuff in JW 34/3032; Karl Mayer, a.a.O., S. 38;

18) so auch Staub, Komm. zum HGB, 14. Aufl., Anm. 9 zu § 4; Ehrenberg, a.a.O., S. 111; BGH in BB 52/181;

Auf Grund der in den letzten Jahren eingetretenen Technisierung in allen Lebensbereichen wird man auch nicht mehr die eigentliche "Handarbeit" als notwendig ansehen müssen. Es genügt vielmehr, wenn der Unternehmer mindestens die technischen Arbeiten überwacht und in der Lage ist, notfalls selbst Hand anzulegen [19]. Der Gegensatz dazu wäre die rein kommerzielle Leitung.

Der Unternehmer wird in der Regel Handwerksmeister sein und handwerkliche Lehrlinge ausbilden können [20], und im Verhältnis zum Personal wird der "Dreiklang" Meister - Geselle - Lehrling vorherrschend sein [21].

Ein weiteres Merkmal handwerklicher Herstellung ist die geringe Arbeitsteilung [22] wobei diese allein aber nicht ausschlaggebend sein kann, denn in neuerer Zeit wird nur noch selten ein handwerklicher Arbeiter einen Gegenstand von Anfang bis Ende selbst herstellen [23]. Der Zug zur Spezialisierung ist auch am Handwerk nicht vorübergegangen.

Die Industrie- und Handelskammer München stellt neben den schon erwähnten Faktoren häufig auch darauf ab, ob die Herstellung in Serien geschieht oder nicht. Mit Recht betont sie jedoch, daß auch im Handwerk die Serienherstellung branchenbedingt sein kann, und die Einzelanfertigung nicht mehr so vorherrschend ist, wie sie es in früheren Zeiten einmal war.

Typische Fließbandarbeit wird aber dennoch ein Zeichen dafür sein, daß kein Handwerksbetrieb vorliegt.

Bezeichnend für das Handwerk im Gegensatz zur Industrie ist ferner die Art der Benutzung von Maschinen. Wenn Maschinen die Handarbeit ersetzen, deutet das auf industrielle, wenn sie die Handarbeit nur unterstützen, auf handwerkliche Fertigung hin. Beim Handwerk sind die Maschinen motorisiertes Handwerkszeug, und das Erlernen ihrer Betätigung ist nicht das Entscheidende [24].

In der überwiegenden Anzahl gelernter Arbeiter ein Abgrenzungsmerkmal des

---

19) vgl. BayObLG in JFG 9/103;

20) vgl. Hans Schmidt in BB 53/281; Hildebrand, Handelsregister und Handwerksrolle, in DFG 36/142;

21) vgl. KG in DJZ 29/1056;

22) Staub, Komm. zum HGB, 14. Aufl., Anm. 9 zu § 4; Heinrich Lehmann, a.a.O., S. 36; Karl Mayer, a.a.O., S. 39;

23) vgl. auch KG in JW 36/3128; Würdinger in RGR-Komm. zum HGB, Anm. 4 zu § 4;

24) vgl. Staub, Komm. zum HGB, 14. Aufl., Anm. 11 zu § 4; Groschuff in JW 34/3031; Würdinger in RGR-Komm. zum HGB, Anm. 5 zu § 4;

Handwerks gegenüber der Industrie zu sehen [25], ist nicht mehr zutreffend. Auf Grund der in den letzten Jahrzehnten stark betriebenen industriellen Berufsausbildung sind auch in Industriebetrieben, vor allem in kleineren, nicht mehr die ungelernten Arbeiter in der Überzahl [26].

Auf Grund dieser aufgezeigten Merkmale bestimmt sich die Herstellungsweise [27] als handwerklich oder industriell. Es muß dabei auf den Einzelfall abgestellt werden, wobei es in Grenzfällen zweckmäßig sein wird, auch das Zugehörigkeitsgefühl des Inhabers zu berücksichtigen [28].

Ein praktisches Hilfsmittel für die Entscheidung, ob ein handwerksmäßiger Betrieb gegeben ist, stellt die Eintragung in die Handwerksrolle dar, dessen sich auch die Industrie- und Handelskammer München teilweise bedient. Zwar ist der Registerrichter nicht daran gebunden [29], aber die öffentlich-rechtliche Einstufung eines Unternehmens als Handwerk oder Nichthandwerk ist auch für die handelsrechtliche Beurteilung ein wertvolles Indiz [30].

Das öffentliche Handwerksrecht gibt auch wertvolle Aufschlüsse darüber, ob eine bestimmte gewerbliche Tätigkeit überhaupt als Handwerk betrieben werden kann. So sind in der früheren Aufstellung (RMinBl 1934, S. 705–72, in der jetzigen Anlage A zur Handwerksordnung vom 17.9.1953 93 Berufsgruppen verzeichnet, die in handwerklicher Weise ausgeübt werden können.

3. Das Großhandwerk

Es ist dargestellt worden, daß Handwerksbetriebe bis zur Änderung der einschlägigen Vorschriften durch das Gesetz vom 31.3.1953 in keinem Fall als vollkaufmännische Unternehmen betrachtet und eingetragen werden konnten [1], und daß sich das Handwerk vom industriellen Be- und Verarbeitungsgewerbe durch die

---

25) so z.B. Würdinger in RGR-Komm. zum HGB, Anm. 4 zu § 4; Hans Schmidt in BB 53/281;

26) vgl. auch Schmidt-Tophoff in DVBl 1961/188;

27) auf die Art der Herstellung, nicht des Absatzes kommt es an: vgl. RG in RGSt 24/357 und 25/4; a.A. LVG Minden in BB 50/520; Eyermann-Fröhler, a.a.O., Anm. II 2 zu § 1;

28) so Eyermann-Fröhler, a.a.O., Anm. II 2 zu § 1;

29) vgl. Würdinger in RGR-Komm. zum HGB, Anm. 2 zu § 4; KG in JW 36/3128;

30) vgl. auch Hildebrand in DFG 36/142; Düringer-Hachenburg, a.a.O., Anm. 4 zu § 4; Heymann-Kötter, Handelsgesetzbuch, Anm. 5 zu § 4;

1) siehe oben D I b;

verschiedene Art der Herstellung, nicht aber durch den Umfang, unterscheidet [2].

Im Laufe der Entwicklung und im Rahmen der Diskussion über die Möglichkeiten, Handwerksbetriebe dennoch eintragen zu können, erlangte der Begriff des "Großhandwerks" besondere Bedeutung. Vor allem wegen der unter D II b noch zu erörternden Probleme soll auf die Bedeutung dieses Begriffs, die er vor dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 31.3.1953 hatte, kurz eingegangen werden.

Man verstand unter Großhandwerk häufig die Handwerksbetriebe, deren Umfang und Betriebsweise kaufmännische Einrichtungen erforderten [3]. Infolge der Rechtsprechung, die in den ersten Jahren nach dem Inkrafttreten des HGB teilweise den Umfang als Abgrenzungsmerkmal des Handwerks angesehen oder aber auf die Nichterforderlichkeit kaufmännischer Einrichtungen abgestellt hatte, waren viele reine Handwerksbetriebe in das Handelsregister eingetragen worden [4].

Es muß zugegeben werden, daß es Unternehmen gegeben hat, die wegen der Art der Herstellung richtigerweise zwar als Handwerksbetriebe betrachtet werden mußten, wegen der Art der Geschäftsabwicklung und wegen des Umfangs aber kaufmännische Einrichtungen nötig hatten. Kraft eindeutiger gesetzlicher Vorschriften hätte eine Eintragung in das Handelsregister aber unterbleiben müssen, und man hätte solchen Unternehmen auch nicht den Namen "Großhandwerk" zubilligen sollen. Ein Handwerksbetrieb, der eine kaufmännische Organisation erfordert, muß nicht zugleich ein "großes Unternehmen" sein, denn auch ein eintragungsfähiges Einzelhandelsgeschäft muß nicht zu den Großunternehmen gehören. Die unglückliche Bezeichnung "Großhandwerk" resultiert daraus, daß man im Gegensatz zum "Kleingewerbe" des § 4 I HGB a.F. ebenfalls vom "Großgewerbe" sprach.

Von Seiten des Handwerks wurden unter Großhandwerk auch Betriebe verstanden, die überhaupt keine handwerklichen Unternehmen waren. Man engte den Begriff der Fabrik bzw. Industrie ein und ließ auch das wesentlichste Merkmal, die Art der Tätigkeit des Unternehmers, außeracht [5]. Der so entstandene Begriff "Großhandwerk" sollte vor allem auch der organisationsrechtlichen Auseinandersetzung dienen und dazu beitragen, viele als Industriebetriebe anzusehende und z.T. schon eingetragene Unternehmen in der Organisation des Handwerks zu erfassen [6].

---

2) siehe oben D I c 2;

3) vgl. Lehmann, a.a.O., S. 36; Günter Xanke in ZHR 104/189;

4) vgl. auch Günter Xanke in ZHR 104/191, 192; Hans Schmidt in BB 53/981; Heinrich Lehmann, a.a.O., S. 37;

5) so Paul Helfrich, a.a.O., S. 90;

6) so Paul Helfrich, a.a.O., S. 109;

Richtigerweise wird man unter "Großhandwerk" nicht schon die Betriebe zu verstehen haben, die kaufmännische Einrichtungen benötigen, sondern darüber hinaus einen besonders großen Umfang aufweisen.

Die Industrie- und Handelskammer München scheint auch von dieser Begriffsbestimmung ausgegangen zu sein. Der allmählich immer stärker gewordenen Forderung, unter Umgehung der unzureichenden gesetzlichen Vorschriften eine Eintragung des Großhandwerks zu ermöglichen, hat die Industrie- und Handelskammer München in vereinzelten Fällen stattgegeben. So wurde z.B. die Löschung eines Handwerksbetriebs im Jahre 1931 nicht befürwortet, da er einen besonders hohen Umsatz hatte. In gleicher Weise wurde im Jahre 1950 die Eintragung eines als handwerklich bezeichneten Unternehmens wegen des besonders großen Umfangs gebilligt. Das beweist, daß die Industrie- und Handelskammer München in Einzelfällen nur die Eintragung wirklicher Großunternehmen befürwortete und nicht solche Handwerksbetriebe schon als Großhandwerk ansah, die unter Anwendung der allgemeinen Grundsätze kaufmännische Einrichtungen erfordert hätten.

4. Das Verhältnis des § 1 II 2 und 9 zu § 4 HGB

Mit dem Problem der Begriffsbestimmung des Handwerks im Wege der Abgrenzung von der Industrie hängt die Frage zusammen, ob der Inhaber eines Be- oder Verarbeitungsgewerbes des § 1 II 2 HGB oder einer Druckerei (§ 1 II 9 HGB) Minderkaufmann nach § 4 I HGB sein konnte.

Daß ein unter § 1 II 2, 9 HGB fallender Handwerksbetrieb nicht nach § 4 HGB beurteilt werden konnte, da er überhaupt nicht als kaufmännisches Unternehmen angesehen wurde, ist bereits festgestellt worden [1]. Lediglich das nichthandwerkliche Be- oder Verarbeitungsgewerbe konnte daher für § 4 I HGB in Frage kommen.

Diese Möglichkeit wurde jedoch von denen abgelehnt, die das Handwerk nach dem Umfang von der Industrie abgrenzen oder sogar auf die Nichterforderlichkeit kaufmännischer Einrichtungen abstellten. Wenn man diese Kriterien für die Begriffsbestimmung des Handwerks heranzog, war es allerdings folgerichtig, alle unter § 1 II 2, 9 HGB fallenden nichthandwerklichen Gewerbetreibenden als Vollkaufleute anzusehen, da sie nur deshalb nicht als Handwerker betrachtet wurden, weil ihr Unternehmen umfangreich war und über den Rahmen des Kleingewerbes hinausging [2].

---

1) siehe oben D I b;

2) so Neukamp in Recht 10/156; Lotze bei Gruchot 44/408; Staub, Komm. zum HGB, 6./7. Aufl., Anm. 7 zu § 4; Koenige, a.a.O., Anm. 7 zu § 1; Rudolf Bovensiepen, a.a.O., S. 19, der in § 1 II 2, 9 HGB auch den Umfang als Abgrenzungsmerkmal ansieht;

Diese Auffassung ist auch wieder eine Folge der bereits kritisierten Gegenüberstellung von Handwerk und Fabrik [3]. Deutlich kommt das bei Finger [4] zum Ausdruck, der die Ansicht vertritt, daß "ein Handwerker, dessen Betrieb über das Handwerksmäßige hinauswächst, Fabrikant und damit ... Vollkaufmann (ist)".

Das Gegenteil der Lohnfabrikation ist jedoch nicht der Handwerker, sondern der Kleingewerbetreibende [5]. Wenn man das Handwerk von der Industrie richtigerweise auf Grund der verschiedenen Herstellungsmethoden abgrenzt, muß man zu dem Ergebnis kommen, daß es Betriebe gibt, die die Be- oder Verarbeitung nicht handwerksmäßig betreiben und dennoch nach ihrem Umfang und der Art der Geschäftsabwicklung keine kaufmännischen Einrichtungen erfordern, also zum Kleingewerbe gehören.

Da das Handwerk nicht identisch mit dem Kleingewerbe ist, muß ein nichthandwerkliches Unternehmen des § 1 II 2, 9 HGB nicht unbedingt zu den vollkaufmännischen "Großgewerben" zählen. Es konnte als industrieller Betrieb vielmehr unter § 4 HGB fallen, so daß der Inhaber Minderkaufmann war [6].

II. DIE RECHTSLAGE NACH DEM INKRAFTTRETEN DES GESETZES VOM 31.3.1953

a) Die gesetzliche Regelung und das Motiv der Gesetzesänderung

Das Gesetz über die Kaufmannseigenschaft von Handwerkern vom 31.3.1953 (BGBl 106) brachte hinsichtlich der handelsrechtlichen Stellung der Handwerker eine entscheidende Änderung. Konnten bisher Handwerker, sofern sie über § 1 HGB überhaupt Kaufleute waren, wegen der ausdrücklichen Bestimmung in § 4 I HGB a.F. nur Minderkaufleute sein, so ist ihnen jetzt die Vollkaufmannseigenschaft und somit die Eintragung in das Handelsregister nicht mehr verwehrt. Das Wort "Handwerker" ist in § 4 I HGB gestrichen worden. Im Gegensatz zu der bisherigen Regelung können Handwerker nunmehr auch über § 2 HGB die Kaufmannseigenschaft erlangen. Obgleich sich dies schon aus der Streichung des Worts "Handwerker" in § 4 I HGB ergeben hätte, hat der Gesetzgeber in § 2 HGB das "handwerkliche Unternehmen" ausdrücklich erwähnt. Diese Möglichkeit, über § 2 HGB die Eintragung in das Handelsregister zu erreichen, ist für die sog. Lohn-

---

3) siehe oben D I c 2;

4) a.a.O., S. 7;

5) so auch Lastig, a.a.O., S. 68;

6) vgl. auch Staub, Komm. zum HGB, 14. Aufl. Anm. 18 zu § 4; Karl Mayer, a.a.O., S. 58; Emil Weiss, a.a.O., S. 35;

handwerker des § 1 II 2, 9 HGB bedeutsam, denn gemäß dieser Vorschrift sind sie wie schon nach der alten Gesetzesfassung, nicht Kaufleute kraft Gewerbebetriebs. Die Bestimmung des § 1 II 2, 9 HGB ist also die gleiche geblieben, wobei aber eine Neuformulierung erfolgt ist. Der Ausdruck "Umfang des Handwerks" ist durch "handwerksmäßig" ersetzt worden, da die bisherige Fassung unklar war und zu Streit geführt hatte [1]. Durch diese sprachliche Änderung läßt der Gesetzgeber nun auch erkennen, daß sich das Handwerk von der Industrie nicht durch den Umfang, sondern durch die Betriebsform unterscheidet [2].

Die sog. Warenhandwerker des § 1 II 1 HGB sind also Kaufleute, und zwar wie die nichthandwerklichen Unternehmer des § 1 HGB nur dann Minderkaufleute, wenn ihr Betrieb nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert (§ 4 I HGB n.F. [3]). Die sog. Lohnhandwerker des § 1 II 2, 9 HGB sind gemäß dieser Vorschrift überhaupt nicht Kaufleute, können es bei Erforderlichkeit einer kaufmännischen Organisation aber über § 2 HGB sein. Sie sind also entweder "Nichtkaufmann" oder Vollkaufmann; Minderkaufleute können sie nicht sein.

Die durch das Gesetz vom 31.3.1953 herbeigeführte Erweiterung der Kaufmannseigenschaft der Handwerker ist die Folge der wirtschaftlichen Entwicklung und Veränderung und trägt den seit langem erhobenen Forderungen Rechnung. Zur Zeit der Schaffung des HGB war die Industrie noch nicht in dem Maße der beherrschende Wirtschaftsfaktor wie sie es später wurde. Es war damals gerechtfertigt, zumindest aber verständlich, wenn der Gesetzgeber dem Handwerk als eigenständigem, in sich geschlossenem Berufsstand die geschichtlich gewachsene Sonderstellung beließ. Dies entsprach auch dem allgemeinen Wunsch der Handwerkerschaft.

Doch schon bei der Beratung des HGB wurde vereinzelt gefordert, dem großen Handwerksbetrieb das Eintragungsrecht und die Eintragungspflicht zuzuerkennen [4]. Diese Forderung wurde für das sog. Großhandwerk [5] später immer häufiger erho-

---

1) siehe oben D I c 2;

2) vgl. Verhandlungen des Deutschen Bundestags, 1. Wahlperiode 1949, Stenographische Berichte, Band 15, S. 12076;

3) Falsch ist es, wenn es in den Stenographischen Berichten Band 15, S. 12076 heißt: "Wir haben nämlich den Handwerker aus der Bestimmung über den Minderkaufmann in § 4 herausgenommen, so daß er in Zukunft entweder Vollkaufmann oder überhaupt kein Kaufmann mehr ist".

4) vgl. Kommissionsbericht, im Anhang an Denkschrift von 1897, S. 211;

5) vgl. D I c 3; außerdem: Günter Xanke, in ZHR 104/194; Wilhelm Finger, a.a.O., S. 36;

sen, wobei mit den rein handelsrechtlichen Problemen öffentlichrechtliche Organisationsfragen verbunden wurden [6]. Es wurde auch der Vorschlag gemacht, den Handwerkern nur das Eintragungsrecht zu gewähren, ohne ihnen die Pflicht aufzuerlegen. So forderte z.B. der Breslauer Handwerkskammertag vom 25.8.1908 ein freiwilliges Registerrecht in Analogie zu § 3 HGB [7]. Den Gedanken einer freiwilligen Eintragung hat auch Julius von Gierke [8] allerdings allgemein auf Minderkaufleute bezogen, ausgesprochen. Auch der dem Bundestag von einer Fraktion vorgelegte Antrag, der der Anlaß zur Schaffung des Gesetzes vom 31.8.1953 war, lautete u.a.:

> "Dem § 2 HGB wird folgender Absatz II zugefügt:
>
> 'Ist das Unternehmen ein Handwerksbetrieb, so ist der Unternehmer berechtigt, aber nicht verpflichtet, die Eintragung nach Absatz I herbeizuführen ...' " [9].

Der Gesetzgeber von 1953, genauer gesagt: der mit der Ausarbeitung des Gesetzes beauftragte Rechtsausschuß des Bundestags, hat sich jedoch auf den Standpunkt gestellt, "daß das Recht des Vollkaufmanns etwas Einheitliches sein und bleiben muß" und "daß das Handelsregister ein objektiv klares und vollständiges Verzeichnis aller Kaufleute sein muß" [10].

Man ging davon aus, daß die Handwerker den übrigen Gewerbetreibenden im wesentlichen gleichzustellen seien, "da der Berufsstand ... sein Interesse in der Beibehaltung und Aufrechterhaltung der auf völlig anderen Verhältnissen beruhenden Vorschriften der §§ 2 und 4 HGB eine Diskriminierung erblickte ..., deren Beseitigung er erwartete" [11].

Obwohl die Neuregelung die handelsrechtlichen Unterschiede zwischen Handwerk und Nichthandwerk weitgehend beseitigt hat, ist es zu bedauern, daß nicht auch der § 1 II 2, 9 HGB dahingehend abgeändert wurde, daß auch die Lohnhandwerker Kaufleute kraft Gewerbebetriebs sind. Da der Gesetzgeber sich schon mit dieser Materie befaßte, wäre es überhaupt wünschenswert gewesen, die komplizierten

---

6) vgl. Würdinger in MDR 52/590 ff;

7) vgl. Helfrich, a.a.O., S. 111, der dies zurecht ablehnt;

8) vgl. Julius von Gierke, Reform des deutschen Firmenrechts, in ZHR 100/317, 363;

9) Verhandlungen des Deutschen Bundestags, 1. Wahlperiode 1949, Drucksache 1868;

10) Verhandlungen des Deutschen Bundestags, 1. Wahlperiode 1949, Stenographische Berichte, Band 15, S. 12076;

11) Verhandlungen des Deutschen Bundestags, 1. Wahlperiode 1949, Stenographische Berichte, Band 6, S. 4461; vgl. auch Hans Schmidt in BB 53/281;

Unterscheidungen im Recht der Kaufmannseigenschaft ganz abzuschaffen. Man hätte denjenigen zum Vollkaufmann erklären sollen, dessen Gewerbebetrieb nach Art bzw. Umfang kaufmännische Einrichtungen erfordert, und denjenigen zum Minderkaufmann, dessen gewerbliches Unternehmen eine kaufmännische Organisation nicht benötigt. Eine solche Regelung würde eine sachgerechte und zweckmäßige Vereinfachung auf einem Teilgebiet unseres ohnehin immer komplizierter werdenden Rechtssystems darstellen.

b) Die Bedeutung der Unterscheidung zwischen Handwerk und Industrie

Wenn auch nach der Neuregelung durch das Gesetz über die Kaufmannseigenschaft von Handwerkern vom 31.3.1953 die Unterscheidung zwischen Handwerk und Industrie an Bedeutung verloren hat, ist sie doch nicht gegenstandslos geworden [1].

Das Gesetz selbst geht davon in § 1 II 2, 9 HGB aus, und erachtet nur den industriellen, nicht aber den handwerklichen Gewerbetreibenden, der die Be- oder Verarbeitung für andere vornimmt, als Kaufmann kraft Gewerbebetriebs. Ferner ist bei handwerklichen Unternehmen, die in das Handelsregister eingetragen werden sollen, nunmehr gemäß § 126 FGG die Handwerkskammer ebenfalls zur Mitwirkung berechtigt.

Ansonsten gelten bei der Bestimmung der Kaufmannseigenschaft für die Handwerker die gleichen Regeln wie für andere Gewerbetreibende. Auch bei ihnen ist entweder nach § 2 oder § 4 I HGB zu prüfen, ob ihr Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert.

Die Industrie- und Handelskammer München, die bei ihrer Begutachtung zunächst von Umsatzregelwerten ausgeht [2], stellt aber vor allem an den Umfang eines Handwerksbetriebs besonders hohe Anforderungen. Der Richtwert für Herstellungsbetriebe lag im Jahre 1959 bei ca. 100 000.- DM, und wurde in den folgenden Jahren auf ca. 120 000,- DM heraufgesetzt. Bei handwerklichen Unternehmen werden jedoch im allgemeinen 250 000.- DM Umsatz verlangt.

So hat die Industrie- und Handelskammer München z.B. eine handwerklich betriebene Druckerei mit einem Umsatz von 100 000.- DM als "ausgesprochenen Kleinbetrieb" gekennzeichnet und ein Unternehmen, welches Fahrradmechanik und Elektroinstallation zum Gegenstand hatte und einen Umsatz von 140 000.-DM aufwies, als "kleineren Handwerksbetrieb" angesehen. Eine handwerkliche Bäckerei mit einem Umsatz von 150 000.- DM wurde als "durchschnittlicher" Betrieb bezeichnet und als minderkaufmännisch betrachtet.

1) so auch Schlegelberger, a.a.O., Anm. 1 zu § 4;
2) siehe oben C III c;

Dieser Praxis ist nicht zuzustimmen. Handwerksbetriebe können nicht als "ausgesprochene Kleinbetriebe" bezeichnet werden, während man Industrieunternehmen von gleichem Umfang für vollkaufmännisch erklärt. Die früher teilweise herrschende Auffassung, daß Handwerksunternehmen niemals einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern und daß das Handwerk regelmäßig Kleingewerbe sei [3], ist zumindest seit längerer Zeit nicht mehr richtig. Daher darf man bei einem Handwerksbetrieb auch nicht erst dann die Notwendigkeit einer kaufmännischen Organisation bejahen, wenn der Umfang überdurchschnittlich groß ist.

Auch der Begriff "Großhandwerk" ist nicht geeignet, die besonders hohen Anforderungen, die hinsichtlich der Kaufmannseigenschaft an das Handwerk gestellt werden, zu rechtfertigen. Es ist bereits dargestellt worden, daß unter Großhandwerk nicht schon die kaufmännische Einrichtungen benötigenden Betriebe zu verstehen sind, sondern nur die wirklich "großen", d.h. umfangmäßig herausragenden Unternehmen [4]

Zwar war es das Schlagwort vom Großhandwerk, welches benutzt wurde, wenn schon vor der Gesetzesänderung im Jahre 1953 die Forderung erhoben wurde, den großen Handwerksbetrieben die Eintragung in das Handelsregister zu ermöglichen. Durch das Gesetz vom 31.3.1953 ist aber das Handwerk schlechthin den übrigen Gewerbetreibenden gleichgestellt worden (mit Ausnahme des § 1 II 2, 9 HGB), und es ist nicht richtig, wenn die Industrie- und Handelskammer München ein als "durchschnittlich" bezeichnetes Unternehmen mit einem Umsatz von 150 000,- DM als nicht eintragungsfähig erachtet.

Daß die Industrie- und Handelskammer München an das Handwerk hinsichtlich des Umfangs besonders hohe Anforderungen stellt, liegt auch an der Einstellung der an der Begutachtung gemäß § 126 FGG gleichfalls beteiligten Handwerkskammer. Auch diese legt besonders strenge Maßstäbe an. Anlaß dafür ist möglicherweise das Bestreben, durch Erschwerung der Eintragungsvoraussetzungen eine "Entfremdung" des Handwerks zu verhindern.

Diese Praxis ist gesetzlich nicht gerechtfertigt, welche Motive dafür auch immer maßgebend sein mögen. Bezüglich der Bewertung des Umfangs im Hinblick auf die Bestimmungen der §§ 2 und 4 I HGB ist der Unterschied zwischen Handwerk und Industrie bedeutungslos. Dies gilt umsomehr, als das Handwerk sich infolge der fortschreitenden Technisierung immer mehr der Industrie anpaßt, und sich beide Gruppen von vornherein nicht durch den Umfang unterscheiden [5].

---

3) so Viktor Ehrenberg, a.a.O., S. 48; Carl Ritter a.a.O., Anm. 4 zu § 4;
4) siehe oben D I c 3;
5) siehe oben D I c 2;

E. DIE KAUFMANNSEIGENSCHAFT BEI GEMISCHTEN BETRIEBEN

I. DER BEGRIFF UND DIE ZUSAMMENSETZUNG EINES GEMISCHTEN BETRIEBS

Der Begriff "gemischter Betrieb" ist im Handelsrecht nirgends gesetzlich verankert oder gar definiert, und er hat auch keinen infolge geschichtlicher Entwicklung oder gefestigter Rechtsprechung allgemein anerkannten Inhalt. Die Bezeichnung "gemischter Betrieb" drückt aber schon aus, daß es sich um ein Unternehmen handelt, welches aus verschiedenen Elementen besteht. Diese Verschiedenartigkeit muß darin liegen, daß der Inhaber mehrere unterschiedliche Gewerbearten betreibt. Dabei kommt es jedoch, wie der Begriff "gemischter Betrieb" möglicherweise vermuten läßt, nicht darauf an, daß die mehreren Teile des Unternehmens örtlich zusammengefaßt sind oder gar eine gemeinsame Betriebsanlage oder -stätte haben. Im Sinne der hier zu behandelnden Fragen sind unter einem gemischten Betrieb vielmehr ganz allgemein sämtliche Gewerbszweige eines Unternehmens zu verstehen, sofern ihr Geschäftsgegenstand ein verschiedener ist.

Im Gegensatz zu dieser weiten Begriffsbestimmung finden sich in der Literatur einengende und auch noch allgemeinere Definitionen. Groschuff [1] ist der Meinung, daß es sich beim Unternehmen eines Warenhandwerkers immer um einen Mischbetrieb handele, und zwar um die Verbindung von Handel und Handwerk. Er trennt die formgebende handwerkliche Arbeit von den Anschaffungs- und Veräußerungsgeschäften. Dies ist jedoch abzulehnen, da es sich um einen einheitlichen Geschäftsgegenstand handelt, nämlich um das in § 1 II 1 HGB enthaltene Anschaffen, Be- oder Verarbeiten und Veräußern von Waren.

Diese drei Vorgänge gehören zu der einheitlichen gewerblichen Tätigkeit des Warenhandwerkers. Das Veräußern hängt zwangsläufig mit der Anschaffung und Bearbeitung der Waren zusammen und kann nicht als eigene für die Bestimmung der Kaufmannseigenschaft relevante Tätigkeit angesehen werden.

Einengend versteht Helfrich [2] unter einem gemischten Betrieb nur die Verbindung von reinen Handelsbetrieben mit gewerblichen Unternehmen (Handwerk oder Industrie). Neben den "gemischten Betrieb" stellt er dann den "zusammengesetzten Betrieb", der sich aus mehreren gewerblichen Teilen, also aus handwerklichen und industriellen Zweigen zusammensetzt.

Die Differenzierung in gemischte und zusammengesetzte Betriebe nimmt auch

---

1) JW 36/3128, Besprechung eines dort veröffentlichten Urteils des KG;
2) a.a.O., S. 43;

Mayer [3] vor, wobei er aber den Unterschied in anderen Momenten sieht. Erstere Form soll vorliegen, "wenn neben einem Handelsbetrieb ein nicht als Anhängsel [4] zu betrachtender Handwerksbetrieb geführt wird, der aus der gleichen Branche kommt". Letztere Form soll gegeben sein, "wenn zwei ganz verschiedene Betriebe unter gemeinsamer Leitung laufen".

Eine andere Auffassung sieht es als einen gemischten Betrieb an, wenn beide Teile einheitlich geführt und organisiert seien, und auch eine gemeinsame Bilanz und Gewinn-Verlust-Rechnung bestehe, wobei die Buchführung verschieden sein könne [5]. Im Gegensatz dazu geht eine andere Meinung davon aus, daß eine einheitliche Buchführung vorhanden sein müsse [6]. Alle diese Begriffsbestimmungen und Differenzierungen nach den verschiedensten Gesichtspunkten sind jedoch für die Beurteilung der Kaufmannseigenschaft nicht geeignet.

Im Zusammenhang mit gemischten Betrieben wird häufig eine Unterscheidung in Neben- und Hilfsbetriebe vorgenommen. Unter Nebenbetrieb wird ein im wesentlichen selbständiger Teilbetrieb verstanden, welcher dem Hauptbetrieb gleichgeordnet ist [7], während ein Hilfsbetrieb eine nur untergeordnete Rolle spielt und lediglich der Förderung des übrigen Geschäftszweigs dient [8]. Diese Differenzierung, besonders die Begriffsbestimmung des Hilfsbetriebs, liegt auch dem § 3 der Handwerksordnung vom 17. 9. 1953 zugrunde [9].

Der Gesichtspunkt der Unselbständigkeit und der Förderung des übrigen Betriebszweigs ist im Zusammenhang mit gemischten Betrieben sehr bedeutsam. Eine in diesem Rahmen beachtliche Unselbständigkeit liegt jedoch nicht schon dann vor, wenn die Teilbetriebe unter gemeinschaftlicher kaufmännischer Leitung stehen, das Personal großtenteils das gleiche ist, oder eine Verschmelzung des Betriebskapitals vorliegt. Es muß sich vielmehr darum handeln, daß innerhalb des Hauptunternehmens ein anderes Gewerbe betrieben wird, welches nahezu zwangsläufig dazugehört, so daß zwar der Geschäftsgegenstand nicht ein einheitlicher ist, aber die eine Tätigkeit von sehr untergeordneter Bedeutung ist und lediglich eine Ergänzung, eine Unterstützung des Hauptzwecks darstellt [10]. Ein

---

3) a.a.O., S. 45;
4) über das sog. "Anhängsel" siehe weiter unten;
5) so Düringer-Hachenburg, a.a.O., Anm. 11 zu § 1;
6) so Würdinger in RGR-Komm. zum HGB, Anm. 15c zu § 1;
7) vgl. Helfrich, a.a.O., S. 44; Würdinger in RGR-Komm. zum HGB, Anm. 15d zu § 1;
8) so Helfrich, a.a.O., S. 44;
9) vgl. auch Eyermann-Fröhler, a.a.O., Anm. I 1-16 zu § 3 HwO;
10) vgl. Staub, Komm. zum HGB, 14. Aufl., Anm. 14 zu § 4; Würdinger in RGR-Komm. zum HGB, Anm. 9 zu § 4; Cosack, a.a.O., S. 29;

solcher Gewerbezweig ist bei der Bestimmung der Kaufmannseigenschaft überhaupt nicht zu berücksichtigen und macht ein Unternehmen gar nicht zu einem gemischten Betrieb.

Es sind dies die Fälle, daß vor allem Lohnhandwerker mit einigen Fertigwaren handeln, z.B. der Uhrmacher mit gekauften Uhren [11], oder der Schneider gelegentlich mit fertigen Kleidungsstücken [12]. Diese untergeordneten Tätigkeiten müssen nebensachlich und in das Fach einschlägig sein [13], und sie müssen kraft ortsüblichen Herkommens zum Hauptgewerbe gehören [14].

Daß solche "Hilfsgewerbe" überhaupt nicht zu einem gemischten Betrieb führen, war auch der Standpunkt des ADHGB von 1861. Nach Art. 273 III ADHGB wurden alle Veräußerungen, welche von Handwerkern vorgenommen wurden, als Handelsgeschäfte nicht angesehen, sofern sie nur in Ausübung des Handwerksbetriebs geschahen.

Ein gemischter Betrieb kann sich aus den verschiedensten Elementen zusammensetzen. Häufig handelt es sich um Verbindungen von reinem Handel und Handwerk, aber es können auch Handelsgewerbe des § 1 II HGB mit solchen des § 2 HGB zusammentreffen. Auch ist die Kombination von Gewerben des § 1 II HGB untereinander möglich, wie z.B. Eigenhandel und Handelsvertretung. Immer wenn der Geschäftsgegenstand ein unterschiedlicher ist, liegt ein gemischter Betrieb vor, es sei denn, daß der eine Geschäftszweig lediglich als Hilfstätigkeit in der oben geschilderten Weise anzusehen ist.

II. DIE RECHTLICHE BEURTEILUNG

a) Einheitliche und gesonderte Betrachtung

Bei der Bestimmung der Kaufmannseigenschaft des Inhabers eines gemischten Betriebs gibt es zwei grundsätzliche Möglichkeiten. Man kann das Unternehmen einheitlich betrachten und insgesamt prüfen, ob es nach Art oder Umfang kaufmännische Einrichtungen erfordert. Man kann aber auch jeden Teilbetrieb gesondert behandeln mit der Folge, daß der Inhaber für die verschiedenen Gewerbszweige eine unterschiedliche Kaufmannseigenschaft haben kann.

Letztere Methode setzt voraus, daß die Kaufmannseigenschaft teilbar ist. Wäh-

---

11) vgl. Ed. Heilfron, a.a.O., S. 84;
12) RG in RGSt 21/209;
13) vgl. Mosse-Heymann, a.a.O., Anm. 2 zu § 4;
14) so auch RG in RGSt 21/210; Mosse-Heymann, a.a.O., Anm. 2 zu § 4;

rend früher auch die Ansicht vertreten wurde, daß jemand nicht zugleich Voll- und Minderkaufmann sein könne [1], geht nunmehr die wohl allgemeine Auffassung dahin, daß dies möglich sei, da die Kaufmannseigenschaft kein Stand sei, der die ganze Person erfasse [2]. Ehrenberg [3] bejaht die verschiedene Kaufmannseigenschaft mit der Begründung, daß es sich bei dem Gegensatz Voll- Minderkaufmann um Unterschiede der Gewerbe und nicht der Person handele. Das Gesetz selbst geht in § 3 HGB sogar davon aus, daß man zugleich Kaufmann und Nichtkaufmann sein könne [4]. Daraus ist zu entnehmen, daß es erst recht möglich sein muß, zugleich Voll- und Minderkaufmann zu sein.

Während die gesonderte Beurteilung in der Weise vorgenommen werden muß, daß jeder Teilbetrieb getrennt geprüft wird, gibt es bei der einheitlichen Betrachtung verschiedene Möglichkeiten.

Man kann die Entscheidung lediglich auf Grund des Hauptgewerbezweigs treffen und den unbedeutenderen Teil unberücksichtigt lassen. Dann wäre z.B. bei einer Kombination von Handel und Lohnhandwerk der Inhaber des Unternehmens Kaufmann, wenn der Handelsteil überwiegt, und Nichtkaufmann, wenn dem Handwerksteil die größere Bedeutung zukommt [5].

Eine weitere Möglichkeit besteht darin, nach der "Qualität" der einzelnen Teile die einheitliche Beurteilung vorzunehmen. Danach würde ein kaufmännischer Teil gegenüber einem nichtkaufmannischen, ein vollkaufmännischer gegenüber einem minderkaufmännischen den Ausschlag geben [6]. Es käme auf die Bedeutung, auf die Größe der einzelnen Zweige nicht an, sofern sie nicht lediglich dem Hauptbetrieb unterstützend dienen und daher gar nicht Gegenstand eines gemischten Betriebs sind [7].

Eine dritte Möglichkeit ist es, jeden Teil des Betriebs einzeln zu betrachten, aber dann, gewissermaßen im Wege einer "Addition", die Kaufmannseigenschaft ein-

---

1) so Goldschmidt, a.a.O., S. 533;
2) so z.B. Immerwahr, a.a.O., S. 41;
3) a.a.O., S. 119;
4) vgl. auch Mayer, a.a.O., S. 46;
5) so Mayer, a.a.O., S. 44, der allerdings in diesem Fall noch einen gegenständlichen Zusammenhang verlangt; Staub, Komm. zum HGB, 14. Aufl. Anm. 14 zu § 4;
6) vgl. Würdinger in RGR-Komm. zum HGB, Anm. 15c zu § 1; Düringer-Hachenburg, a.a.O., Anm. 11 zu § 1; Goldschmidt, a.a.O., S. 533; Cosack, a.a.O., S. 29;
7) siehe oben E I;

[illegible] zu bestimmen. Diese Methode liegt der Auffassung von Immerwahr [8] zugrunde, daß ein Unternehmen, welches aus einem auf der Grenze des Kleingewerbes stehenden Warenhandelsgeschäft und einem ausgedehnten Handwerksbetrieb besteht, insgesamt den handwerksmäßigen Charakter verliere und vollkaufmännisch sein könne [9].

Auch Mayer [10] geht von dieser Möglichkeit aus und sieht ein aus mehreren Handwerkszweigen bestehendes Unternehmen als vollkaufmännischen Fabrikbetrieb an, obwohl die einzelnen Teilbetriebe je für sich handwerklichen und damit vor der Gesetzesänderung im Jahre 19[illegible] höchstenfalls minderkaufmännischen Charakter hatten [11]. Diese 'Additionsmethode' liegt auch meistens den Gutachten der Industrie- und Handelskammer München zugrunde. So wurden z.B. bei der Kombination Eigengroßhandel-Handelsvertretung die Umsätze für jeden Teilbetrieb gesondert festgestellt, und es wurde geprüft, inwieweit jeder Geschäftszweig die Mindestanforderungen [12] über- oder unterschritten hatte. Die Beurteilung der Kaufmannseigenschaft des Inhabers dieses gemischten Betriebs wurde dann aber für das gesamte Unternehmen einheitlich getroffen.

b) Die Beurteilung vor dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 31.3.1953

Für die Behandlung der Frage, welches der verschiedenen Verfahren bei der Bestimmung der Kaufmannseigenschaft des Inhabers eines gemischten Betriebs richtigerweise angewendet werden muß, ist eine Aufgliederung in die Zeit vor und nach dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 31.3.1953 notwendig. Die durch dieses Gesetz erfolgte Änderung der Bestimmungen über die Kaufmannseigenschaft hat auch die Beurteilung der gemischten Betriebe beeinflußt.

Vor 1953 wurden in Literatur und Rechtsprechung verschiedene Meinungen vertreten, und es läßt sich nicht sagen, ob die gesonderte oder die einheitliche Betrachtungsweise, letztere wieder in ihren unterschiedlichen Erscheinungsformen [1] als die herrschende anzusehen war.

8) a.a.O., S. 38;

9) Die Schlußfolgerung ist falsch, da ein Handwerksbetrieb durch größeren Umfang seinen handwerklichen Charakter nicht verliert und kraft Gesetzes zur Zeit des ADHGB nicht als vollkaufmännisches Unternehmen gelten konnte; siehe auch E II b;

10) a.a.O., S. 45;

11) wie schon unter Anm. 9 ausgeführt wurde, ist diese Methode dann verfehlt, wenn es sich um Handwerksbetriebe handelt;

12) siehe dazu oben C III c;

1) siehe oben E II a;

Von einigen [2] wurde die Auffassung vertreten, daß mehrere Teilbetriebe, sofern es sich nicht nur um unterstützende Anhängsel handelte [3], grundsätzlich getrennt zu beurteilen gewesen seien. Andere forderten für die gesonderte Betrachtung ein erhebliches Maß an Selbständigkeit der einzelnen Zweige [4] oder gingen davon aus, daß die Geschäfte völlig getrennt sein müßten [5], wobei unter völliger Trennung wohl eine räumliche zu verstehen sein dürfte. In all diesen Fällen wurde ein Gewerbetreibender z.B. zugleich als Voll- und Minderkaufmann, als Nicht- und Vollkaufmann, oder aber mehrmals als Minderkaufmann angesehen.

Die einheitliche Beurteilung wurde in den bereits geschilderten [6] verschiedenen Varianten vertreten [7], was zur Folge hatte, daß ein Unternehmer für seinen gesamten Betrieb nur eine Kaufmannseigenschaft hatte.

Dieser Einheitsbetrachtung ist der Vorzug zu geben. Zwar war sie vom Gesetz nicht zwingend vorgeschrieben, und es ist zuzugeben, daß die handelsrechtliche Kaufmannseigenschaft keinen Stand kennzeichnet und keinen die ganze Person erfassenden Status verleiht. Aber sie weist einen im Handelsverkehr auftretenden Gewerbetreibenden als Person mit mehr oder weniger handelsrechtlichen Pflichten und Rechten aus. Infolge der in den letzten Jahrzehnten immer größer gewordenen wirtschaftlichen, insbesondere finanziellen Verkettung und Vielfältigkeit war es notwendig geworden, mehrere Teilbetriebe, die in der Person eines Unternehmers zusammengefaßt sind, als Ganzes zu betrachten. Die verschiedenen Betriebe stellen als Vermögen des Unternehmers auch ein einheitliches Haftungsobjekt dar und werden unter vielen weiteren rechtlichen Gesichtspunkten nicht einzeln, sondern zusammen beurteilt. Da das Gesetz die Kaufmannseigenschaft der Person und nicht dem Gewerbebetrieb zuweist, erscheint auch aus diesem Grund die einheitliche Bestimmung gerechtfertigt, denn die Person, der Unternehmer, ist die gleiche, und nur die Tätigkeitsbereiche, die Betriebe, sind verschieden.

---

2) so Staub, Komm. zum HGB, 14. Aufl., Anm. 22b zu § 4; Karl Mayer, a.a.O., S. 46; Müller-Erzbach, a.a.O., S. 61;

3) über die sog. "Anhängsel", die überhaupt nicht Gegenstand eines gemischten Betriebs sind, siehe oben E I;

4) so Heinsch, a.a.O., S. 44, der im Zweifel aber die Gesamtheitsbetrachtung für richtig ansieht (S. 42);

5) so Cosack, a.a.O., S. 48; Lehmann, Hoeniger, Lehrbuch des Handelsrechts, I. Halbband, S. 60;

6) siehe oben E II a;

7) vgl. Düringer-Hachenburg, a.a.O., Anm. 11 zu § 1; für die Zeit des ADHGB: Goldschmidt, a.a.O., S. 533; Immerwahr, a.a.O., S. 38;

Die allgemeine schon vor 1953 herrschende Auffassung, daß Zweiggeschäfte, d.h. Filialbetriebe, in ihrer Gesamtheit zu beurteilen seien [8], spricht ebenfalls für die Einheitsbetrachtung. Derartige Filialbetriebe sind häufig in ihrem Personal, in ihren geschäftlichen Dispositionen, überhaupt in ihrer ganzen Gestaltung derart selbständig, daß das bindende Glied nur der Inhaber des gesamten Unternehmens darstellt. Es ist daher kein Grund einzusehen, für einen solchen Gewerbetreibenden eine einheitliche Kaufmannseigenschaft, aber für den Fall der Führung gegenständlich verschiedener Betriebe, eine mehrfache Kaufmannseigenschaft zu bejahen.

Die einheitliche Beurteilung eines Unternehmens konnte vor dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 21.3.1953 jedoch nicht in allen Fällen durchgeführt werden, weil konkrete gesetzliche Bestimmungen entgegenstanden. Aus § 1 II 2, 9 HGB a.F. ergab sich, daß Lohnhandwerker nicht als Kaufleute betrachtet werden konnten. Warenhandwerkern des § 1 II 1 HGB kam zwar die Kaufmannseigenschaft zu, aber sie konnten wegen der in § 4 I HGB a.F. getroffenen ausdrücklichen Regelung nur Minderkaufleute sein.

Hätte man für einen Lohnhandwerker, der zugleich einen kleinen Warenhandel betrieb, die Kaufmannseigenschaft auf Grund des gesamten Unternehmens bestimmt, so hätte man ihn einheitlich als Minderkaufmann ansehen müssen. Ein Warenhandwerker, der neben seinem Handwerk ein vollkaufmännisches Handelsgeschäft führte, wäre bei Gesamtheitsbetrachtung für das ganze Unternehmen als Vollkaufmann zu behandeln gewesen. Dies hatte jedoch zu einer Umgehung der gesetzlichen Vorschriften geführt, da dem Handwerker entweder überhaupt keine, oder aber nur Minderkaufmannseigenschaft zukam. Andererseits konnte man den Inhaber eines solchen gemischten Betriebs nicht insgesamt als Handwerker beurteilen, da der Unternehmer eines großen Handelsbetriebs die Rechte und Pflichten des Vollkaufmanns nicht dadurch verlieren durfte, daß er nebenbei einen möglicherweise nur kleinen Handwerkszweig unterhielt.

Bei gemischten Betrieben, deren einer Teil Handwerk war, konnte zumeist nur die gesonderte Betrachtungsweise zu rechtmäßigen Ergebnissen führen [9]. Da es sich um eine Ausnahme vom allgemeinen Grundsatz der einheitlichen Beurteilung handelte, war dieses Verfahren nur zulässig, wenn das Gesetz es verlangte. Die Gesamtheitsbetrachtung war dagegen auch bei einer Verbindung mit handwerklichen Elementen dann heranzuziehen, wenn es sich z.B. um einen minderkauf-

---

8) vgl. Staub, Komm. zum HGB, 14. Aufl., Anm. 22 a zu § 4; Würdinger in RGR-Komm. zum HGB, Anm. 14 zu § 4;

9) vgl. Würdinger in RGR-Komm. zum HGB, Anm. 9 zu § 4; Emil Weiss, a.a.O., S. 17; Heymann-Kötter, a.a.O., Anm. 5 zu § 4;

männischen Handels- und einen minderkaufmännischen Handwerksteil handelte. Der Inhaber war einheitlich für das gesamte Unternehmen, und nicht für jeden Zweig einzeln, Minderkaufmann.

Das HGB selbst schrieb in einem weiteren Ausnahmefall eine mehrfache Kaufmannseigenschaft vor. Die Methode der gesonderten Beurteilung galt außer bei handwerklichen Mischbetrieben auch dann, wenn ein landwirtschaftlicher Teilbetrieb vorhanden war, denn gemäß § 3 HGB zählt die Landwirtschaft nicht zu den Handelsgewerben. Trieb jemand neben dieser Erwerbswirtschaft einen Handel mit gekauften Waren, so war er nur für letzteren Betrieb als Kaufmann anzusehen [10].

Diese vom Gesetz geforderte Ausnahme hatte zur Zeit der Geltung des ADHGB eine noch größere Bedeutung. Art. 10 ADHGB kennzeichnete nicht nur die Handwerker, sondern auch verschiedene andere Klassen von Gewerbetreibenden generell als Minderkaufleute [11], so daß der Inhaber einer Gastwirtschaft für diese Minderkaufmann, für einen nebenbei betriebenen Wein- und Zigarrenhandel aber Vollkaufmann war [12]. Für Handwerker galt die gesonderte Betrachtung in der oben erörterten Weise ebenfalls [13].

Die Schwierigkeiten, die darin bestanden, daß kraft gesetzlicher Vorschrift in manchen Fällen eine doppelte Kaufmannseigenschaft angenommen werden mußte, und es nicht immer leicht zu entscheiden war, welchem Teilbetrieb ein Rechtsgeschäft zuzurechnen war, ließen sich mit dem Grundgedanken des § 344 HGB lösen. Danach war im Zweifel ein zum kaufmännischen Teil gehörendes Handelsgeschäft anzunehmen, und bei der Verbindung von voll- und minderkaufmännischen Zweigen mußte davon ausgegangen werden, daß das Rechtsgeschäft für den vollkaufmännischen Teilbetrieb eingegangen worden war [14].

Abgesehen von diesen Ausnahmefällen war, wie eingangs festgestellt wurde, die Kaufmannseigenschaft bei gemischten Betrieben einheitlich zu beurteilen, wobei am zweckmäßigsten derart zu verfahren war, den einzeln ermittelten Umfang der Teilbetriebe zu "addieren" [15]. Die verschiedentlich vertretene Ansicht [16],

---

10) vgl. RG in RGZ 130/234 und JW 30/830;

11) siehe oben C I b 1;

12) so auch RG in RGSt 4/282; a.A. Goldschmidt, a.a.O., S. 533, der die Ausnahme von der Einheitsbetrachtung nur für Handwerker gelten ließ;

13) a.A. Immerwahr, a.a.O., S. 38;

14) so auch Würdinger in RGR-Komm. zum HGB, Anm. 9 zu § 4; Karl Wieland, Handelsrecht, I. Band, S. 105;

15) über die verschiedenen Möglichkeiten der Einheitsbetrachtung siehe E II a;

16) so Würdinger in RGR-Komm. zum HGB, Anm. 15 c zu § 1, Düringer-Hachenburg, a.a.O., Anm. 11 zu § 1; Cosack, a.a.O., S. 29;

daß der kaufmännische gegenüber dem nichtkaufmännischen, der voll- gegenüber dem minderkaufmännischen Teil den Ausschlag gebe, führte dann nämlich zu keinem Ergebnis, wenn das Unternehmen aus mehreren Kleinbetrieben bestand. Ein solcher gemischter Betrieb war aber nicht als minderkaufmännisches Kleingewerbe zu betrachten, wenn er in seiner Gesamtheit nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen benötigte.

Auch die Industrie- und Handelskammer München ging, sofern es sich nicht um handwerkliche Mischbetriebe handelte, im allgemeinen von der Einheitsbetrachtung aus. Dabei wurde der Charakter jedes Teilunternehmens festgestellt und sodann geprüft, ob der Betrieb insgesamt so umfangreich oder vielgestaltig war, daß er eine kaufmännische Organisation erforderte. Im Zusammenhang mit diesem Verfahren, welches häufig in der Addition von Umsatzzahlen besteht [17], soll die Regelung in der schon erwähnten Schweizerischen Verordnung über das Handelsregister vom 7.6.1937 erwähnt werden. Die Einheitsbetrachtung ist in dieser Verordnung gesetzlich vorgeschrieben, denn Art. 56 lautet:

> "Betreibt der Inhaber eines seiner Natur nach eintragungsfähigen Gewerbes, das die in Art. 54 vorgeschriebene Roheinnahme nicht erreicht, noch ein anderes Gewerbe, so ist, selbst wenn dies an sich der Eintragungspflicht nicht unterliegen würde, in die maßgebende jährliche Roheinnahme auch diejenige aus dem Nebengewerbe einzurechnen".

c) Die Beurteilung nach dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 31.3.1953

Die einheitliche Betrachtungsweise, die schon für die Zeit vor der im Jahre 1953 erfolgten Gesetzesänderung als die richtige angesehen werden muß, ist erst recht bei der jetzigen Regelung anzuwenden, um die Kaufmannseigenschaft bei gemischten Betrieben zu bestimmen.

Auch die im vorigen Abschnitt dargestellten Ausnahmen bestehen nahezu nicht mehr. Nach der Neufassung der §§ 2 und 4 I HGB kann auch ein Handwerker, und zwar sowohl Waren- als auch Lohnhandwerker, Vollkaufmann sein.

Die Folge davon ist, daß ein gemischter Betrieb einheitlich als vollkaufmännisch beurteilt werden kann, selbst wenn er einen kleinen Handwerkszweig enthält, da die Kaufmannseigenschaft von Handwerkern nicht mehr zwingend "begrenzt" ist.

Diese Auffassung wird auch in der Literatur und vor allem in der jüngeren Rechtsprechung vertreten. Nach Baumbach-Duden [1] kommt es bei mehreren Betriebs-

---

17) über die Bedeutung des Umsatzes siehe C III c;

1) a.a.O., Anm. 1 A und 1 C zu § 4;

statten auf die Art und Größe des ganzen an, und bei einer Kombination von Handel und Handwerk sei die Kaufmannseigenschaft ebenfalls nicht nur nach dem Handelsteil, sondern nach dem gesamten Betrieb zu bestimmen. Im Gegensatz dazu befürwortet Schlegelberger [2] die getrennte Beurteilung. Zur Begründung wird u.a. § 2 Nr. 3 HwO herangezogen, wonach handwerkliche Nebenbetriebe von Handels- oder Industrieunternehmen auch in die Handwerksrolle einzutragen sind. Diese Tatsache spricht jedoch nicht für die gesonderte Bestimmung der Kaufmannseigenschaft, denn die Handwerksordnung enthält lediglich organisationsrechtliche Bestimmungen und will die Handwerker als Berufsstand zusammenfassen. Außerdem geht durch die Qualifizierung als Kaufmann die Stellung als Handwerker nicht verloren.

Im Sinne der einheitlichen Betrachtungsweise ist das LG Flensburg [3] der Meinung, daß sich die getrennte Behandlung schon deshalb verbiete, weil alle Zweige rechtlich und tatsächlich in der Person des Unternehmers zu einer Einheit zusammengefaßt seien.

Das LG Oldenburg [4] stellt allein auf die Erforderlichkeit kaufmännischer Einrichtungen ab, wobei es nicht auf das Überwiegen des handwerklichen oder nichthandwerklichen Teils ankomme.

Auch die Industrie- und Handelskammer München beurteilt in den meisten Fällen einen gemischten Betrieb einheitlich.

Wie dies schon vor der Gesetzesänderung im Jahre 1953 geschah [5], werden bei der Prüfung des Umfanges die einzelnen Größen, vor allem der Umsatz für jeden Teilbetrieb festgestellt; dann aber wird der Betrieb insgesamt als voll- oder minderkaufmännisch angesehen. Dieses Verfahren ist notwendig, weil die absoluten Umsatzzahlen nicht für jeden Gewerbszweig, für jede Branche, den gleichen Umfang ausdrücken [6]. Die einzelnen Teilwerte müssen auf den jeweiligen Geschäftsgegenstand bezogen werden und geben dann ein Bild von der für § 2 und 4 I HGB erforderlichen Größe.

Abweichend von dieser einheitlichen Bestimmung der Kaufmannseigenschaft sind in einigen wenigen Gutachten die Gewerbezweige getrennt beurteilt worden. Der Inhaber von zwei Betrieben wurde als Minderkaufmann angesehen, weil jeder

---

2) a.a.O., Anm. 14 und 15 zu § 4;

3) BB 61/1026; a.A. LG Tübingen, Beschluß v. 20.1.61, (AZ: HGR 1/60), soweit ersichtlich nicht veröffentlicht;

4) BB 62/386;

5) siehe oben E II b;

6) siehe oben C III c;

Teil für sich allein kleingewerblich war. Diese unzutreffenden Entscheidungen stellen aber Einzelfälle dar.

Die Richtigkeit der Einheitsbetrachtung wird durch einen Gesichtspunkt unterstrichen, der erst in jüngster Zeit von der Rechtsprechung herangezogen wird.

Nach §§ 2 und 4 I HGB ist nicht nur der eine kaufmännische Organisation erfordernde Umfang, sondern auch die Art zu berücksichtigen, wobei es nicht notwendig ist, daß beide Merkmale gleichzeitig erfüllt sind [7]. Wenn ein Unternehmen aus mehreren Teilen besteht, wird die Führung und Abwicklung der Geschäfte häufig durch diese Tatsache komplizierter und vielfältiger, so daß schon diese Aufspaltung des Betriebs, also die Art im Sinne von §§ 2 und 4 I HGB, kaufmännische Einrichtungen notwendig macht [8]. In einem Rundschreiben des Deutschen Industrie- und Handelstags vom 11.8.1959 wird ebenfalls die Meinung vertreten, daß das Vorhandensein zweier verschiedener Geschäftszweige in einem Unternehmen regelmäßig ein Indiz dafür sei, daß dieses wegen seiner Art einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordere.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß die Kaufmannseigenschaft des Inhabers eines gemischten Betriebs einheitlich auf Grund seines ganzen Unternehmens zu bestimmen ist. Dies gilt nach der Neufassung der §§ 2 und 4 I HGB durch das Gesetz vom 31.3.1953 auch für handwerkliche Mischbetriebe, da das HGB nun auch die Handwerker nicht mehr lediglich als Minderkaufleute ansieht. Der einzige Fall, in dem das Gesetz auch jetzt noch eine gesonderte Beurteilung verlangt, ist der, daß ein landwirtschaftlicher Zweig enthalten ist, da ein solcher Betrieb gemäß der Vorschrift des § 3 I HGB überhaupt nicht kaufmännisch ist und es daher auch nicht durch die Kombination mit anderen Gewerben werden kann.

---

7) siehe oben C III a;

8) so auch LG Flensburg in BB 61/1026; LG Mönchengladbach, Beschluß vom 27.1.61 (AZ: 7 T 6/60), soweit ersichtlich nicht veröffentlicht;

L E B E N S L A U F

Ich wurde am 19.7.1938 in Berlin als Sohn des Dipl.-Ing. Erwin Kugel und seiner Ehefrau Johanna, geb. Aschmann, geboren. Nach der Volksschule besuchte ich bis zum Jahre 1955 die Friedrich-Engels-Schule, Gymnasium in West-Berlin. Im Mai 1955 übersiedelte ich mit meinen Eltern nach München, wo ich in das Neue Realgymnasium eintrat, an welchem ich im Juli 1957 mit Erfolg die Reifeprüfung ablegte.

Im November 1957 begann ich mein rechtswissenschaftliches Studium an der Ludwig-Maximilians-Universität zu München. Mit Ausnahme eines Semesters, welches ich an der Freien Universität Berlin verbrachte, studierte ich in München, wo ich im Sommer 1961 das erste jur. Staatsexamen ablegte.

Seit September 1961 bin ich als Rechtsreferendar des Freistaats Bayern tätig; gleichzeitig bin ich im Rahmen einer genehmigten Nebenbeschäftigung bei einem Münchner Rechtsanwalt als juristischer Mitarbeiter angestellt.